

Thais Badini Rolim de Paula

ATIVISMO JUDICIAL:

Análise da atuação do STF e a busca pela concretização de direitos fundamentais

O ativismo judicial é um tema amplamente discutido na mídia e na academia, porém seu real significado é sempre negligenciado. Qualificar uma decisão como ativista, sem fundamentos contundentes, resulta em uma discussão abstrata e pouco técnica. Nesse cenário, o presente estudo busca compreender o fenômeno do ativismo judicial desde a sua origem, associado ao judicial review. O primeiro capítulo investiga a gênese do termo, remontando aos anos 40, através da obra de Arthur Schlesinger Jr. e da análise do contexto político nos Estados Unidos. No entanto, também se evidencia que o que hoje é chamado de ativismo judicial já ocorria antes de 1947, como demonstram hard cases decididos pela Suprema Corte americana. Contudo, o primeiro capítulo não esgota o assunto com uma definição precisa e objetiva, o que motiva a investigação realizada no segundo capítulo. Assim, o segundo capítulo explora como o conceito de ativismo judicial, criado nos Estados Unidos, se disseminou globalmente, em grande parte devido à influência da globalização. Através deste capítulo, torna-se evidente que o termo é amplo, permitindo a cada país interpretá-lo conforme sua realidade, mas sempre com o objetivo de proteger direitos e garantias fundamentais. O terceiro capítulo deste estudo tem como objetivo demonstrar como pode-se compreender uma decisão como ativista no contexto brasileiro, explorando as várias dimensões desse fenômeno. Isso proporciona uma perspectiva mais tangível sobre um termo tão amplo, o que leva ao entendimento até mesmo de suas causas. Por outro lado, o quarto capítulo busca explicar como o Supremo Tribunal Federal já atuou de forma ativista para abordar e defender o direito das minorias e a democracia em si. É importante destacar que todos os capítulos se basearam em uma revisão bibliográfica que inclui autores como o Dr. Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o Des. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz e o Dr. Glauco Salomão Leite.

ISBN 978-65-6006-260-3



9 786560 062603 >



Thaís Badini Rolim de Paula

ATIVISMO JUDICIAL:

Análise da atuação do STF e a busca pela concretização de direitos fundamentais

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
Diagramação e Capa: Editora Expert
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PAULA, Thais Badini Rolim de. Ativismo judicial: análise da atuação do STF e a busca pela concretização de direitos fundamentais / Thais Badini Rolim de Paula. – Belo Horizonte, MG: Editora Expert, 2026. 99 p.
ISBN: 978-65-6006-260-3
Direito – Brasil. 2. Ativismo judicial. 3. Direito constitucional. 4. Direitos fundamentais. 5. Poder Judiciário. I. Título.
CDD: 340 CDU: 34

Índices para catálogo sistemático:

Direito / Ativismo Judicial / Direito Constitucional – 340 / 34

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Gladston Mamede
Advogado e escritor

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Fêres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo, Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura
Universidade Estadual De Montes Claros

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Uihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

Dedico este trabalho a Deus, que me confortou em todos os momentos de insegurança e medo. Expresso também minha dedicação aos meus pais, meus mais fieis apoiadores.

AGRADECIMENTOS

Sem Ele eu seria incapaz de concluir essa etapa. Senhor, agradeço por ser a rocha na qual me apoiei durante este percurso, por vezes exaustivo e doloroso. Nos momentos difíceis, busquei sua ajuda e direcionamento, e nos momentos de alegria, celebrei com meu coração transbordando gratidão pela sua glória grandiosa. Sem a presença de Deus, esta jornada não seria possível. Essa trajetória é para a Sua glória.

Aos meus queridos e admirados pais, Antonio e Cláudia, expresso minha profunda gratidão por terem confiado em minha capacidade desde a infância. Vocês, tão presentes e compreensivos, sempre apoiaram minhas conquistas desde os primeiros passos na escola. São vocês minha inspiração diária, o combustível de amor que me motiva a seguir adiante e dar o meu melhor em cada dia. Mesmo que eu o diga todos os dias em palavras, acho bom manter um registro por escrito: eu amo vocês infinitamente e essa conquista é NOSSA.

Aos meus queridos familiares, expresso meus sinceros agradecimentos pelo constante apoio e confiança que sempre depositaram em mim. Nunca esquecerei as inúmeras vezes em que minha madrinha Luciana viajou de Ouro Preto para prestigiar minhas apresentações escolares em Várzea da Palma, nem o apoio incondicional que minha família sempre me deu em relação ao meu trabalho. Aos familiares tanto paternos quanto maternos, espero continuar sendo motivo de orgulho.

Não pode-se falar em advogados sem excelentes professores. Durante minha jornada, tive o privilégio de encontrar profissionais incríveis na PUC MG. Ao longo destes cinco anos, aprendi que um advogado nunca deve perder prazos, deve saber se expressar bem em público e, o mais crucial, deve ter empatia pelo próximo. Não se trata apenas da ciência do direito, mas também das vidas envolvidas. Assim, agradeço ao meu estimado mestre e exemplo, Prof. Dr. Álvaro Ricardo, que sempre me aconselhou, concedeu oportunidades acadêmicas,

além de ter o melhor senso de humor de toda a graduação. Agradeço também ao meu coorientador Léo, pela atenção e apoio.

To all my beloved friends, I want to express my heartfelt gratitude. As this chapter of my life comes to a close, I carry you in my thoughts, remembering how much you've always encouraged me to give my all. This isn't the end, but rather the beginning of my career as your lawyer. I love you all, Soni, Betka, Zuzi N., Zuzi H., and Deni.

Sou imensamente grata pelos exemplos que encontrei no mundo do trabalho e que me receberam de braços abertos, Renato Werner e Hudson Lima. Vocês me mostram como posso me tornar uma profissional melhor a cada dia. Ter vocês em minha vida é uma bênção pela qual sou extremamente grata. Agradeço também a Magda e a Thalissa por sempre me ouvirem e por serem pessoas tão inspiradoras e abençoadas ao longo desta jornada.

RESUMO

O ativismo judicial é um tema amplamente discutido na mídia e na academia, porém seu real significado é sempre negligenciado. Qualificar uma decisão como ativista, sem fundamentos contundentes, resulta em uma discussão abstrata e pouco técnica. Nesse cenário, o presente estudo busca compreender o fenômeno do ativismo judicial desde a sua origem, associado ao *judicial review*. O primeiro capítulo investiga a gênese do termo, remontando aos anos 40, através da obra de Arthur Schlesinger Jr. e da análise do contexto político nos Estados Unidos. No entanto, também se evidencia que o que hoje é chamado de ativismo judicial já ocorria antes de 1947, como demonstram *hard cases* decididos pela Suprema Corte americana. Contudo, o primeiro capítulo não esgota o assunto com uma definição precisa e objetiva, o que motiva a investigação realizada no segundo capítulo. Assim, o segundo capítulo explora como o conceito de ativismo judicial, criado nos Estados Unidos, se disseminou globalmente, em grande parte devido à influência da globalização. Através deste capítulo, torna-se evidente que o termo é amplo, permitindo a cada país interpretá-lo conforme sua realidade, mas sempre com o objetivo de proteger direitos e garantias fundamentais. O terceiro capítulo deste estudo tem como objetivo demonstrar como pode-se compreender uma decisão como ativista no contexto brasileiro, explorando as várias dimensões desse fenômeno. Isso proporciona uma perspectiva mais tangível sobre um termo tão amplo, o que leva ao entendimento até mesmo de suas causas. Por outro lado, o quarto capítulo busca explicar como o Supremo Tribunal Federal já atuou de forma ativista para abordar e defender o direito das minorias e a democracia em si. É importante destacar que todos os capítulos se basearam em uma revisão bibliográfica que inclui autores como o Dr. Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o Des. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz e o Dr. Glauco Salomão Leite.

Palavras-chave: ativismo judicial. Direito constitucional. Dimensões. STF. Hard cases. Poder Judiciário.

ABSTRACT

Judicial activism is a topic widely discussed in the media and academia, but its real meaning is always overlooked. Qualifying a decision as activist, without strong grounds, results in an abstract and untechnical discussion. Against this backdrop, this study seeks to understand the phenomenon of judicial activism from its origins, associated with judicial review. The first chapter investigates the genesis of the term, going back to the 1940s, through the work of Arthur Schlesinger Jr. and an analysis of the political context in the United States. However, it also shows that what is now called judicial activism was already taking place before 1947, as demonstrated by hard cases decided by the US Supreme Court. However, the first chapter does not exhaust the subject with a precise and objective definition, which motivates the investigation carried out in the second chapter. Thus, the second chapter explores how the concept of judicial activism, created in the United States, has spread globally, largely due to the influence of globalization. Through this chapter, it becomes clear that the term is broad, allowing each country to interpret it according to its reality, but always with the aim of protecting fundamental rights and guarantees. The third chapter of this study aims to demonstrate how a decision can be understood as activist in the Brazilian context, exploring the various dimensions of this phenomenon. This provides a more tangible perspective on such a broad term, which even leads to an understanding of its causes. On the other hand, the fourth chapter seeks to explain how the Federal Supreme Court has already acted in an activist way to address and defend the rights of minorities and democracy itself. It is important to note that all the chapters were based on a bibliographical review that includes authors such as Dr. Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Justice Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz and Dr. Glauco Salomão Leite.

Keywords: Judicial activism. Constitutional law. Dimensions. STF. Hard cases. Judicial power.

SUMÁRIO

1.Introdução	17
2. História do termo ativismo judicial nos Estados Unidos da América.....	21
2.1 Origem semântica do termo ativismo judicial	21
2.2 Momentos ativista da Suprema Corte norte-americana anteriores à denominação de 1947.....	27
3. Expansionismo do ativismo judicial pelos diversos continentes....	35
4. As dimensões do ativismo judicial no Brasil	49
4.1 O enfrentamento de anomias.....	49
4.2 Expansão dos poderes processuais e da força das decisões judicial	52
4.3 Ativismo contramajoritário	54
4.4 Maximalismo Judicial	57
4.5 Imposição de obrigações positivas ao Poder Público	59
4.6 Ativismo de precedentes	62
5. Estudo de <i>hard cases</i> no Brasil: ADI Nº4.277 e <i>Inquérito das fakes news</i>	65
5.1 ADI Nº4.277.....	65
5.2 Inquérito das fakes news	72
6.Conclusão	81
Referências.....	85

1. INTRODUÇÃO

A conceituação do que é ativismo judicial é um papel desafiador para juristas em todo o mundo, pois trata-se de um fenômeno polissêmico, que pode ser observado sob diversas dimensões e perspectivas. Contudo, essas diversas facetas possuem em comum a necessidade das Cortes atuarem com base em questões políticas e principalmente visando a demanda social vigente. Assim, o ativismo judicial é um fenômeno observado em várias culturas, refletido em diferentes textos constitucionais e ao longo de diferentes períodos históricos, o que torna difícil uma definição sistemática do tema (CRUZ; SOUZA; PAULA, 2023).

O fenômeno do ativismo judicial tem sido objeto de intensos debates tanto nas esferas políticas quanto judiciais em todo o mundo. Isso se dá com base na preocupação crescente com a possibilidade de intromissão dos poderes uns nos outros e as consequências disso para a sociedade. Em linhas gerais, o ativismo judicial pode ser descrito como uma postura proativa por parte do poder judiciário, que vai além do papel tradicional de julgador e busca efetivar aspectos deficitários na sociedade (CRUZ; SOUZA; PAULA, 2023).

No primeiro capítulo deste trabalho, é apresentada a história da consolidação do termo ativismo judicial. Sua origem remonta aos Estados Unidos da América, onde, desde o início, houve uma análise crítica da atuação da Corte americana. Através deste capítulo, é possível compreender como o termo surgiu e se destacou nos Estados Unidos, além de perceber que as decisões ativistas da Corte americana estão relacionadas aos primórdios do judicial review (CAMPOS, 2016).

Dito de outro modo, embora o termo tenha surgido por volta de 1947, a análise de *hard cases* torna evidente que a Corte já atuava de forma proativa em certas circunstâncias antes mesmo de ser formalmente denominada como ativismo judicial. Como mencionado anteriormente, esse fenômeno tem suas raízes nos primórdios do judicial review.

Esse fenômeno logo encontrou terreno fértil em diversos países ao redor do mundo, não se limitando apenas aos Estados Unidos. Nesse sentido, o terceiro capítulo busca demonstrar como essa prática tem ganhado força não apenas no Brasil, como comumente pensado, mas em diferentes continentes. Isso ocorre à medida que os tribunais, como será discutido nas próximas páginas, assumem cada vez mais papéis ativos na proteção dos direitos individuais e coletivos, e na resolução de questões sociais e políticas.

É dentro desse contexto que o presente trabalho tem como objetivo, através do quarto capítulo, demonstrar como o ativismo judicial se manifesta no Supremo Tribunal Federal (STF), que é o foco deste estudo no contexto brasileiro. Portanto, serão apresentadas seis dimensões do ativismo judicial, que contribuem para a compreensão de como esse fenômeno pode ocorrer e como é interpretado em diferentes situações.

Durante todo o trabalho será perceptível que a expansão da atividade do Judiciário causa controvérsias. Assim, alguns críticos argumentam que essa influência que um poder exerce na seara do outro pode causar um desequilíbrio na democracia (CRUZ; SOUZA; PAULA, 2023).

Nesse sentido, o quinto capítulo busca demonstrar como o Judiciário atua para preencher algumas lacunas deixadas pelos demais poderes. Para isso, são apresentadas a ADI 4.277 e o inquérito das *fake news*, consideradas decisões ativistas do STF. No primeiro caso, o objetivo era garantir direitos fundamentais, enquanto no segundo, buscava-se assegurar a plena manutenção da democracia no Brasil.

O presente trabalho propõe uma breve investigação sobre o termo ativismo judicial, sem a pretensão de oferecer uma definição única, mas sim explorando sua natureza multidimensional. Ainda assim, busca-se demonstrar que quando o Judiciário atua além de sua esfera, geralmente é para reforçar direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica, este trabalho de conclusão de curso tem como objetivo analisar de forma não exaustiva

o conceito de ativismo judicial, desde sua origem histórica até sua disseminação global, além de suas dimensões específicas no contexto brasileiro, por meio do STF. Nada obstante, através da análise de *hard cases*, busca-se demonstrar a relevância do ativismo judicial em situações em que se torna necessário garantir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais conforme estabelecido na Constituição.

2. HISTÓRIA DO TERMO ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

“You seem (...) to consider our judges as the ultimate arbiters of all constitutional questions, a very dangerous doctrine indeed. (...). Our judges are as honest as other men, and no more so.”^{1 2}

Conforme o excerto acima, o termo ativismo judicial refere-se à prática de juízes que interpretam a lei de maneira expansiva ou com viés político, levando a decisões que vão além do texto legal em si. Em contraste com essa realidade, os doutrinadores da *École de l'exégèse*, em meados do século XIX, afirmavam que se limitavam à interpretação gramatical e lógica do texto jurídico. Por outro lado, pensadores positivista como Hart entendiam que os casos concretos deveriam ser analisados não sob a ótica de uma legislação imutável, mas de acordo com as circunstâncias específicas (NUNES, 2011).

Assim sendo, sua origem remonta ao contexto norte-americano, onde fatores como a interpretação da Constituição pelos tribunais, as mudanças na composição do Supremo Tribunal e a natureza de questões controversas, como direitos civis e sociais ao longo dos tempos, contribuíram para o surgimento desse fenômeno.

Diante do exposto, o primeiro capítulo deste trabalho de conclusão de curso visa explicar esse cenário norte-americano, com a intenção de compreender os eventos e contextos que moldaram o termo ativismo judicial em sua origem.

2.1 ORIGEM SEMÂNTICA DO TERMO ATIVISMO JUDICIAL

1 JEFFERSON, Thomas. **The Writings of Thomas Jefferson: Miscellaneous: 4. Parliamentary manual; 5. The ans; 6. Miscellaneous papers.** Taylor & Maury, 1854.

2 Em tradução livre: “Parece (...) considerar os nossos juízes como os árbitros últimos de todas as questões constitucionais, uma doutrina muito perigosa, de fato. (...). Os nossos juízes são tão honestos como os outros homens, ou até mais.”

O ativismo judicial é tema permanente de discussão na doutrina, bem como na academia, pois tem-se percebido, em dadas circunstâncias³, uma sobreposição do Poder Judiciário sobre os demais. Porém, anterior ao entendimento do fenômeno em si, faz-se necessário compreender sua origem e como chegou até o Brasil. A gênese do termo ativismo judicial se dá nos Estados Unidos da América, em meados de 1947, mas, como outros institutos, foi exportado para demais países ao redor do mundo, o que gera o desentendimento acerca de sua correta utilização.

O sistema estadunidense de constitucionalismo se pauta em uma constituição rígida e escrita (LEITE, 2021), nesse viés, a atuação dos poderes do Estado vinculam-se a esse texto. Sabe-se que os Estados Unidos da América se vale do sistema *common law*, ou seja, trata-se de um sistema de direito cuja aplicação de normas e regras não estão necessariamente dispostas em textos normativos, mas são utilizados o costume e jurisprudência como fonte decisória. Nesse viés, tem-se juízes atuando como criadores, conferindo autoridade aos seus próprios precedentes e julgados, o que é chamado de *judge-made-law*.

Pelo exposto, resta claro o predomínio do Poder Judiciário, sobre os demais, no direito norte-americano, principalmente pela atuação dos juízes. Ou seja, tendo em vista a constituição principiológica e abstrata, não é uma surpresa que o termo ativismo judicial tenha sido utilizado, pela primeira vez, em país de constituição hermenêuticamente principiológica (CRUZ; CABRAL, 2023).

³ As circunstâncias que podem levar à percepção da sobreposição do Poder Judiciário sobre os demais são diversas e frequentemente debatidas na sociedade e na academia, conforme já citado. Esse fenômeno se dá especialmente em situações em que os demais poderes não atuam de forma eficiente para efetivar direitos e garantias fundamentais, o que permite que o Judiciário assumam um papel mais central na consolidação do Estado Democrático de Direito (CRUZ; SOUZA; PAULA, 2023). Em tais casos, os tribunais podem ser compelidos a preencher lacunas legislativas, interpretar de forma ampla a Constituição, exercer um controle de constitucionalidade rigoroso e lidar com questões sociais controversas (CAMPOS, 2012). No contexto brasileiro, essa discussão é recorrente, principalmente em relação ao papel do Judiciário e das Cortes Supremas. Em alguns casos, há preocupações sobre uma possível atuação com viés político por parte da instância superior, o que levanta questionamentos sobre a separação de poderes e o equilíbrio entre eles.

Com uma constituição predominantemente baseada em princípios, caracterizada por um elevado grau de abstração e demandando regulamentação infraconstitucional, há um solo fértil para o florescimento do ativismo judicial. Isso permite que os juízes atuem conforme lhes parece mais correto, muitas vezes indo além do que está claramente disposto na lei (DIAS; DE SÁ, 2020).

A Constituição Federal de 1988 demonstra o protagonismo do Judiciário, seja pelo reconhecimento do caráter normativo das normas principiológicas, que exigem concretização, quanto pela assunção de um papel mais ativo no preenchimento de conceitos indeterminados (DIAS; DE SÁ, 2020).

É relevante observar que o conceito de ativismo judicial foi formalmente introduzido em 1947 pelo renomado historiador Arthur Schlesinger Jr. Contudo, é imperativo reconhecer que práticas judiciais de caráter ativista já eram observadas nos Estados Unidos desde meados do século XIX (CAMPOS, 2016). Assim, essa temática será explorada em seções subsequentes deste estudo. Neste momento, com base na estrutura cronológica delineada, será explicada a origem do termo.

Assim, no ano de 1947, por meio de publicação na revista americana *Fortune*, o autor Arthur Schlesinger Jr. buscou definir a divisão ideológica que ocorria entre os membros da Suprema Corte americana. Percebe-se que, como será elucidado ao longo deste trabalho, o termo nasceu com uma definição diversa da empregada hodiernamente.

Para tanto, é de suma importância observar o que a doutrina norte-americana entende como base para o termo aqui discutido:

Arthur Schlesinger Jr. introduced the term “judicial activism” to the public in a Fortune magazine article in January 1947.²² Schlesinger’s article profiled all nine Supreme Court justices on the Court at that time and explained the alliances and divisions among them. The article characterized Justices Black, Douglas, Murphy,

and Rutledge as the “Judicial Activists”²³ and Justices Frankfurter, Jackson, and Burton as the “Champions of Self Restraint. 2 4 Justice Reed and Chief Justice Vinson comprised a middle group.^{4 5}

Assim, por meio desta publicação, o autor dividiu os membros da Suprema Corte, nas palavras do autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016) em: juízes ativistas com ênfase no direito das minorias e das classes hipossuficientes (*Justices Black e Douglas*), juízes ativistas visando a liberdade (*Justices Murphy e Rutledge*), juízes campeões da autorestrição (*Justices Frankfurter, Jackson e Burton*) e juízes que buscavam o equilíbrio das forças (*Justice Reed e Chief Justice Fred Vinson*). Em suma, a Corte poderia ser dividida em juízes ativistas (em inglês tem-se o termo *judicial activists*) ou autocontenciosos (ou em língua inglesa: *champions of self restraint*).

De acordo com Schlesinger os juízes com viés ativistas se voltavam à defesa de garantias fundamentais, o que era realizado por meio de atuação que buscava o bem comum, com julgamentos que caminhavam na direção da própria convicção do julgador e suas individualidades (CRUZ; CABRAL, 2023). Por meio dos juízes considerados ativistas, a Corte atuava de modo a desempenhar um papel afirmativo na efetivação dos direitos sociais e também individuais. Portanto, conforme trazido pelo autor Glauco Salomão Leite (2021), o direito e a política estariam interligados, pois cada julgador porta suas convicções e ideologias.

De outro modo, o grupo liderado por Felix Frankfurter e Robert Jackson atuava na Corte sem perder de vista o ideal da autocontenção

4 Em tradução livre: “Arthur Schlesinger Jr. apresentou o termo “ativismo judicial” ao público em um artigo da revista Fortune em janeiro de 1947.²² O artigo de Schlesinger traçou o perfil de todos os nove juízes da Suprema Corte na época e explicou as alianças e divisões entre eles. O artigo caracterizava os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge como os “Ativistas Judiciais “²³ e os juízes Frankfurter, Jackson e Burton como os “Campeões da Autocontenção”. 2 4 O juiz Reed e o presidente da Suprema Corte Vinson formavam um grupo intermediário.”

5 KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.

judicial. Nesse sentido, decidiam sem permitir que a política interferisse em seus julgamentos. Nas palavras do autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016), os juízes atuavam conforme a vontade estrita do legislador.

Assim, mesmo que os juízes entendessem de forma diversa, politicamente, do que os demais poderes, as respeitavam e julgavam no mesmo sentido. Assim, pode-se afirmar que por meio da autocontenção os juízes e Cortes não avaliam o modo como os demais poderes atuam, assim, firmam-se apenas no que está disposto pela legislação, não questionando o conteúdo da norma em si.

Anteriormente ao entendimento de como Schlesinger Jr., em seu artigo, se manifestou sobre o ativismo judicial, deve-se realizar uma breve digressão histórica, para que seja possível compreender como a Corte Superior se posicionava à época. Nesse viés, o lapso temporal observado e descrito pelo autor é de uma década após a Era Lochner.

A Era Lochner foi um período, entre os anos de 1905 e 1937, durante o qual a Suprema Corte dos Estados Unidos tendeu a invalidar as regulações econômicas relacionadas aos direitos básicos dos trabalhadores, como condições básicas de trabalho e jornada digna de trabalho. O precedente mais conhecido para a época é *Lochner v. New York*⁶, quando a Corte invalidou a legislação do Estado de Nova Iorque que regulava a jornada laboral dos padeiros, sob alegação de que havia uma violação na liberdade contratual (NETO, 2014). Assim, a Corte decidiu da seguinte forma: “*The New York law violated “liberty of contract” protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*”.⁷

6 Decidido em 17 de abril de 1905. Caso em que o estado de Nova Iorque promulgou a lei infraconstitucional *Bakeshop Act*, proibindo o trabalho de padeiros para além de 60 (sessenta) horas por semana ou 10 (dez) horas por dia. Assim, Lochner foi acusado de permitir que seus funcionários trabalhassem acima do tempo permitido semanalmente. Em sua defesa, alegava que a Décima Quarta Emenda deveria ter sido interpretada de modo a incluir a liberdade de contratar entre os direitos abrangidos pelo devido processo legal substantivo (substantive due process.)

7 “*Lochner v. New York*.” Oyez, www.oyez.org/cases/1900-1940/198us45. Acesso em 26 de fevereiro de 2024.

Cabe ressaltar que, em seu artigo, Schlesinger Jr. não se preocupou em listar as características específicas do que deveria ser considerado como uma decisão ativista, pois cuidou apenas de descrever o momento histórico em que a Corte encontrava-se, período em que era flagrante a subjetividade dos juízes. Dito isso, pode-se afirmar que numa primeira análise o termo ativismo judicial tocava o aspecto pessoal e até mesmo intelectual, como se o termo fosse literalmente personificado através dos juízes atuantes.

Nessa toada, ao caracterizar os juízes considerados ativistas, Schlesinger os apontava como protagonistas, agindo de modo a substituir a vontade do legislador, vez que acreditavam que deveriam atuar como defensores das liberdades civis e dos direitos das minorias.

Ainda assim, é relevante destacar a abordagem do que é ativismo judicial na visão do autor John Hart Ely (2010). Ely argumenta, por volta de 1980, que a dicotomia entre interpretacionismo e não interpretacionismo não devem ser os únicos fatores a serem considerados. Nada obstante, busca evidenciar falhas em ambas correntes. Assim dispõe em sua obra:

Hoje em dia, tendemos a chamar os lados em disputa de “interpretacionismo” e “não-interpretacionismo” - o primeiro afirma que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente explícitas na Constituição escrita, e o segundo adota a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento.⁸

Nesse viés, o interpretacionismo criaria uma ilusão de que o texto constitucional está sendo seguido de forma incondicional e estrita. A

⁸ ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

partir disso é que Ely refere-se à ilusão de que o interpretacionismo estaria a dizer o que é o direito e como ele deve ser aplicado. Segundo o autor, o texto constitucional contém, frequentemente, ambiguidades e campos para uma interpretação ampla. Assim, o intérprete é chamado a preencher lacunas com significados advindos do sistema legislativo e do sistema jurídico. Contudo, um aspecto positivo dessa corrente é que ela tende a evitar debates sobre questões controversas, pois há certa previsibilidade no entendimento de como a Corte opera (ELY, 2010).

Já o não interpretacionismo, a outra face da dicotomia, é ainda mais criticado pelo autor. A crítica é advinda do fato de que o intérprete, ao interpretar a constituição pode ir muito além do sistema jurídico no qual está inserido, pode se valer de tradições, sua própria valoração ou do senso comum.

2.2 MOMENTOS ATIVISTA DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA ANTERIORES À DENOMINAÇÃO DE 1947

Diferentemente do que se pode imaginar, o que foi entendido por Schlesinger, em meados de 1947, como ativismo judicial já ocorria por volta dos anos 1800 nos Estados Unidos da América. Nesse sentido, com o início da prática do *judicial review* (revisão judicial) iniciaram-se as decisões ativistas da Corte. No entanto, para compreender esse fenômeno, as atenções devem ser voltadas para os *leading cases* que, aos poucos, alteraram a forma de agir da corte (CAMPOS, 2016).

O primeiro precedente a ser tratado neste trabalho, *Marbury vs. Madison* (1803) que é percebido como um julgamento paradigmático para o *judicial review*⁹ na Corte americana, pois, além do cunho judicial, teve forte caráter político. Isso ocorreu pela vitória da oposição republicana, que levou Thomas Jefferson à presidência do país, como sucessor de John Adams. Contudo, dias antes de deixar o

9 Pode-se afirmar que é um método de avaliação dos atos governamentais em face da Constituição de determinado Estado. Nesse viés, há um controle de constitucionalidade dos atos em face da lei em si.

poder, o ex- presidente nomeou William Marbury como Juiz de Paz do Distrito de Columbia, o que foi negado pelo Secretário de Estado James Madison, a pedido de Jefferson.

Em face da recusa, Marbury propôs um writ of *mandamus*¹⁰ na Corte em face de Madison, valendo-se da Seção 13 do *Judiciary Act de 1789* sob fundamento de que a Corte possui a competência originária para julgar *mandamus* em face de autoridades públicas, empossar em cargo público indivíduo dele privado, tal como ocorreu no célebre *Marbury v. Madison* (1803).

Assim sendo, tem-se a literalidade da mencionada seção:

SEC . 13. (...)And the trial of issues in fact in the Supreme Court, in all actions at law against citizens of the United States, shall be by jury. The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States. ¹¹ (grifo meu)¹²

10 Nesse viés, deve-se realizar a correspondência desta ação com as ações existentes no ordenamento jurídico brasileiro. O writ of *mandamus* seria em português, do Brasil, o instrumento jurídico conhecido como mandado de segurança.

Como o nome em latim sugere, a ação tem o sentido de que o cidadão impetrante comanda (em inglês, “we command”). Ainda assim, cabe ressaltar que essa ação era amplamente utilizada para empossar em cargo público o indivíduo que dele era privado, conforme ocorreu no precedente que está sendo narrado (FONSECA, 2008).

11 *U.S. Statutes at Large 1 (1789): 73*

12 Em tradução livre: “SEC . 13. (...) E o julgamento de questões de fato na Suprema Corte, em todas as ações judiciais contra cidadãos dos Estados Unidos, será feito por júri. A Suprema Corte também terá jurisdição de apelação dos tribunais de circuito e dos tribunais dos diversos estados, nos casos aqui especialmente previstos; e terá poder para emitir mandados de proibição para os tribunais distritais, quando estiverem atuando como tribunais de jurisdição marítima e de almirantado, e mandados de segurança, em casos justificados pelos princípios e usos da lei, para quaisquer tribunais nomeados ou pessoas que estejam exercendo cargos sob a autoridade dos Estados Unidos.”

A Corte, presidida pelo juiz Marshall, reconheceu o pedido ao cargo pleiteado por se tratar de assunto de sua competência. No entanto, negou o pedido formulado no *mandamus*, afirmando que a Constituição, em seu artigo terceiro, não lhe outorgava a competência originária para julgar, mas apenas jurisdição em sede de recurso no que tange ao *writ*. Neste julgamento, a pedra de toque foi para este *case* restou no dever do Congresso em respeitar os limites estabelecidos pela Constituição. Então, a Corte Marshall julgou como inconstitucional, portanto deixou de aplicar a Seção 13 do *Judiciary Act de 1789*, levando ao que veio a ser conhecido como o poder de *judicial review* exercido pela Suprema Corte (CAMPOS, 2016).

Pelo exposto, o legado do caso *Marbury vs. Madison* é a consagração da supremacia da Constituição, alinhando-se ao modelo que posteriormente seria proposto por Kelsen, no qual esta figura como norma máxima. Portanto, qualquer disposição em conflito deve ser invalidada. No entanto, é notável que tal preceito não estava expressamente delineado na Constituição dos Estados Unidos. Isso evidencia um claro ativismo por parte da Corte, que, ao mesmo tempo em que buscava moderar sua influência política, também buscava impor suas próprias decisões (CAMPOS, 2016).

Já entre a metade do século XIX e início do século XX houve novas decisões da Corte que foram questionadas no aspecto constitucional. Assim, no século XIX, pode ser apontando, como o grande problema social encontrado pelos Estados Unidos da América a permanência da escravidão como regime de trabalho em algumas áreas, enquanto outras já eram industrializadas e vivenciavam a modernidade.

Nesse cenário de grande instabilidade política, em 1820, foi firmado o Compromisso de Missouri, visando a regulamentação da escravidão nos territórios do oeste. Com esse acordo, a escravidão foi proibida na região do antigo território da Louisiana ao norte do paralelo de 36° 30'. Ou seja, delimitou-se de forma clara o local que a escravidão seria ou não aceita no país (MATTOS, 2014).

No ano de 1857, o *justice* Roger Taney julgou como presidente da Corte o caso *Dred Scott vs. Sandford*. O caso paradigmático apresenta

o apelo de um escravo norte americano, Dred Scott, que viveu por longos anos em estados americanos livres e pleiteou judicialmente sua liberdade em face de seu ex-dono, na figura de sua viúva. Nesse sentido, o júri da Corte de Sr. Louis considerou-o livre, contudo a Suprema Corte do estado do Missouri entendeu de forma diversa, revertendo a decisão, situação reafirmada pela Suprema Corte (LEITE, 2021).

Nas palavras de Craig Green (2009), essa decisão é considerada pela literatura jurídica estadunidense como um dos mais abomináveis casos de ativismo judicial, pois confirmou a condição constitucional da escravidão invalidando lei infraconstitucional. Houve uma interpretação da lei infraconstitucional de forma historicista e extremamente excludente, pois foi determinado que Scott, em sua condição de escravo, nem mesmo poderia ser considerado um cidadão. Em outras palavras, se uma pessoa não possui *status* constitucional de cidadão, por óbvio, não lhe assiste o acesso à justiça e legitimidade processual.

4. A free negro of the African race, whose ancestors were brought to this country and sold as slaves, is not a “citizen” within the meaning of the Constitution of the United States.

5. When the Constitution was adopted, they were not regarded in any of the States as members of the community which constituted the State, and were not numbered among its “people or citizens.” Consequently, the special rights and immunities guaranteed to citizens do not apply to them.^{13 14}

13 Em tradução livre: 4. Um negro livre da raça africana, cujos ancestrais foram trazidos para este país e vendidos como escravos, não é um “cidadão” no sentido da Constituição dos Estados Unidos.

5. Quando a Constituição foi adotada, eles não eram considerados, em nenhum dos Estados, como membros da comunidade que constituía o Estado e não eram contados entre seu “povo ou cidadãos”. Consequentemente, os direitos e imunidades especiais garantidos aos cidadãos não se aplicam a eles.

14 Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856)

Poderia-se associar esta decisão à autocontenção judicial, pois pautou-se no que a Constituição, ratificada pelos *founding fathers* dispunha como “cidadão”. No entanto, a decisão traz em seu bojo expressões que afirmam que se tratava de raça de infelizes, inferiores e artigos de mercancia.

Logo, é possível depreender que esse caso é flagrantemente ativista, pois demonstra como mesmo pela inércia em temas cruciais a Corte pode influenciar a sociedade, mas escolhe sua forma de atuação pautada em critérios puramente políticos, ora atuante ora inerte. Por meio desse precedente, é possível observar que uma decisão, para que seja considerada ativista, não se restringe a uma mera atuação excessiva, mas pode ser definida como uma ação puramente fundamentada em quesitos políticos.

Um outro precedente de significativa relevância, previamente mencionado, refere-se ao caso *Lochner vs. New York* (1905). Nessa época, os Estados Unidos da América estavam imersos em intensos debates acerca dos direitos fundamentais dos trabalhadores, em que os legisladores buscavam resguardar a saúde e o bem-estar da classe laboral, enquanto a Suprema Corte se posicionava de maneira conservadora, aderindo à ideologia econômica o *laissez-faire* e a uma interpretação simplista da Constituição (CAMPOS, 2016).

Neste precedente, a Corte definiu que a lei do Estado de Nova Iorque¹⁵ era inconstitucional, pois interferia de forma direta na liberdade contratual do empregador e do empregado. Por meio dessa decisão, definiu-se que o Poder Legislativo havia interferido na esfera privada, violando a liberdade do indivíduo que era protegida pela XIV Emenda da Constituição. Em conclusão, houve o entendimento de que a lei estadual não havia observado o princípio do devido processo legal substantivo.

15 A lei em questão chama-se *Bakeshop Act*, datada de 1895. Esta lei definia que os nova-iorquinos não poderiam trabalhar em panificações e padarias por mais de dez horas diárias ou sessenta horas semanais. Assim, o empregador que não seguisse essa regra cometeria uma ofensa criminal (Urofsky, 2018).

O devido processo legal substantivo, ou *substantive due process of law*, não possui fundamento concreto na constituição americana. Desse modo, esse princípio, que também foi entendido como doutrina pelo direito americano, representa o entendimento de que o princípio do devido processo legal, *due process of law*, não está restrito apenas aos procedimentos legais específicos, mas a norma jurídica deve ser razoável e justa. Portanto, com fundamento nesta doutrina, o Poder Judiciário teria o poder de declarar qualquer norma como inconstitucional, desde que a considere como injusta (Pracucho, 2017).

Nas palavras de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016), a decisão acerca do caso *Lochner* também foi uma decisão desastrosa na história da Suprema Corte, pois os defeitos internos desta foram denunciados por dois de seus importantes juízes, John Marshall Harlan e Oliver Holmes.

Na perspectiva do juiz Harlan, a decisão proferida pela Corte, conseqüentemente, seus pares, não levava em consideração a autoridade deliberativa do Poder Legislativo, que detinha *expertise* em questões técnicas relativas a assuntos como saúde, segurança e, em última análise, políticas públicas de um modo geral. Segundo seu entendimento, a Corte não deveria adotar uma postura ativista, mas sim manter-se em uma posição de autocontenção judicial, reservando ao Legislativo a prerrogativa de decidir sobre questões de política pública.

No mesmo sentido o juiz Oliver Holmes se posicionou, durante grande parte da Era *Lochner*, de modo a apontar que uma teoria econômica não poderia se sobrepôr à vontade do legislador estadual, por mais que ele próprio concordasse com esta teoria. Nada obstante, Holmes também teceu críticas ao maximalismo de grande parte da Corte, o que gerou embates teóricos acerca do devido processo legal e da Emenda XIV¹⁶ (CAMPOS, 2016).

16 Cabe destacar que a parte mais crucial desta emenda para este texto, conforme disposto na publicação do *Britannica* é: "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state

Tanto o juiz Harlan quanto Holmes compartilhavam da interpretação de que o ativismo judicial no caso *Lochner* fundamentou-se inicialmente na defesa de um direito absoluto de contratação. No entanto, notavam que tal direito não se baseava em uma disposição expressa da Constituição, mas sim em uma interpretação de um enunciado normativo que era amplamente vago e tratava, em verdade, do devido processo legal.

Ainda assim, para o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016), outro aspecto de ativismo neste precedente é o fato de que a Suprema Corte, ao agir, interferiu diretamente no campo das políticas públicas, o que, por natureza, é de competência do legislador. Em outras palavras, em uma democracia cabe ao legislador informar quais são os fatos e ações para manter a ordem e o bom funcionamento do estado.

Diante do exposto, é possível inferir que a evolução e a emergência do conceito de ativismo judicial decorreram, em grande parte, das divisões internas da Corte Suprema dos Estados Unidos, caracterizadas por uma constante disputa entre o lado conservador e progressista. Nesse contexto, questões de natureza econômica, política e social foram resolvidas com base nessa dinâmica política que sempre tangenciou a Suprema Corte norte-americana.

Os primeiros casos de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, conforme já destacado, versavam principalmente sobre questões econômicas e trabalhistas. Com o passar do tempo, no entanto, os juízes ampliaram seu escopo de atuação, deixando de ater as questões individuais para abordar temas relacionados a ações coletivas ou de classe.

deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” Em tradução livre: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do estado em que residem. Nenhum estado fará ou aplicará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a proteção igualitária das leis.

Pelo exposto, é evidente a presença da ideologia nos casos abordados até o momento neste trabalho, onde as concepções morais e políticas influenciam as decisões da Corte em casos complexos, onde apenas a lei não é suficiente para corroborar e fundamentar decisões.

Surge, então, a indagação sobre como o conceito de “ativismo judicial” alcançou uma projeção global, exigindo uma análise minuciosa de seu conteúdo para determinar se o significado e a interpretação do fenômeno permaneceram consistentes com o definido em 1947. Nas próximas páginas, será analisado como o fenômeno do ativismo judicial se manifestou no Brasil e como o cenário político brasileiro, embora não seja exatamente idêntico ao norte-americano, é influenciado por esse fenômeno.

3. EXPANSIONISMO DO ATIVISMO JUDICIAL PELOS DIVERSOS CONTINENTES

Na fase do neoconstitucionalismo brasileiro na Constituição Federal de 1988, com seus princípios basilares e garantias fundamentais, o Poder Judiciário passa de um órgão totalmente técnico entrando na esfera política.¹⁷

Conforme já abordado, os Estados Unidos da América são amplamente reconhecidos como o berço das discussões relacionadas ao fenômeno do ativismo judicial, tendo em vista que o termo foi criado neste local. Nesse contexto, é possível afirmar que tanto os aspectos teóricos quanto práticos desse debate tiveram início naquele país.

No entanto, é crucial salientar que essa discussão não se limitou ao contexto dos Estados Unidos, especialmente devido aos impactos da globalização. Em todos os países, os tribunais desempenham um papel político significativo, possibilitando a expressão do ativismo judicial por meio de suas diversas dimensões, as quais serão abordadas posteriormente no terceiro capítulo deste trabalho.

Dito isso, percebe-se o ativismo judicial na Itália, Alemanha, África do Sul, Colômbia e Brasil. Em outras palavras, em dissonância com o que se imagina, decisões ativistas não são privativas da realidade brasileira, por meio do protagonista STF.

A título de exemplo, a ideia do ativismo judicial na Alemanha inicia-se com sua reconstrução identitária após a Segunda Guerra Mundial, ao instituir, em 1949, uma Constituição, também chamada

17 SOARES, Mário Lúcio Quintão; CABRAL, Ana Luiza Novais. O ATIVISMO JUDICIAL: RUPTURA À DEMOCRÁTICA REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA BRASILEIRA? JUDICIAL ACTIVISM: BREAKS DEMOCRATIC BRAZILIAN POLITICAL REPRESENTATIVITY?. **Revista Direito em Debate**, v. 30, n. 55, p. 242-251, 2021.

de lei fundamental, que valorizava, sobretudo, a garantia dos direitos fundamentais. Nesse viés, houve a criação do Tribunal Constitucional, que buscava distanciar-se dos horrores e inobservância de direitos humanos que foram praticadas por meio do regime nazista (GUBERT, 2007).

Isso posto, o *Bundesverfassungsgericht*¹⁸ passou a proporcionar um acesso amplo à sua alçada. Além disso, também foi tido como fonte do monopólio do controle de constitucionalidade e possuir poderes de decisão consideráveis, influenciando o cenário político.

Por meio dessa mudança de paradigma, esse Tribunal tem inovado a ordem jurídica alemã tanto de forma direta, com a criação do direito na esfera normativa infraconstitucional, isto é, de competência do Poder Legislativo, quanto indiretamente, com a prática de adequação dos membros do Parlamento, que visam evitar eventual declaração de inconstitucionalidade, ao moldar seus projetos de lei à jurisprudência constitucional (GUBERT, 2007).

A efetivação desse compromisso do Estado alemão em realizar ações positivas em relação aos valores estabelecidos, que resulta na difusão dos direitos fundamentais por toda a ordem jurídica, teve um marco no caso *Lüth* (VINCE, 2017). A partir desse momento, foi introduzida a técnica de ponderação de interesses e valores, que se tornou um modelo para justificar decisões em casos de conflitos intensos entre direitos fundamentais no contexto da jurisdição constitucional, não apenas na Alemanha, mas também em outros países.

No tocante ao caso *Lüth*, trata-se de um litígio ocorrido em 1958 entre o cineasta alemão nazista Veit Harlan e Erich Lüth, que, devido à sua identidade judaica, convocou um boicote bem-sucedido ao filme “Amada Imortal”, pois acreditava que havia teor discriminatório e antisemita na obra em questão. Assim, o tribunal de Hamburgo, agindo na qualidade de primeira instância, deliberou que o boicote resultou em um direito de indenização em favor do cineasta. No

18 Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

entanto, esta decisão não prosperou, pois o Tribunal Constitucional reverteu o veredito, ao considerar que tal decisão retroativa restringia o direito fundamental de *Lüth* à liberdade de expressão (VINCE, 2017).

Assim sendo, percebe-se que, na Alemanha, o Tribunal Constitucional se restringe, em grande parte, à Jurisprudência de Valores¹⁹, onde é utilizado como técnica a definição de valores fundamentais que seriam superprotegidos em face de mais valores. Habermas criticou duramente a livre atribuição de valores ao juiz, pois acreditava que lhe era concedido um poder além da racionalidade jurídica (CRUZ, 2004).

Como exemplo paradigmático da Jurisprudência de Valores empregada pela Corte alemã, é relevante destacar o caso *Mauerschutzen*, no qual o Tribunal condenou dois soldados da República Democrática Alemã pelo assassinato de um jovem que tentava escalar o Muro de Berlim para cruzar a fronteira. Em 1992, o Tribunal Territorial de Berlim condenou os soldados por homicídio em coautoria, fundamentando-se no princípio da proporcionalidade. Nesse contexto, ficou claro que a conduta dos soldados não estava em conformidade com o § 27 da Lei de Fronteiras da República Democrática Alemã de 1982, que permitia o uso de armas de fogo para impedir a prática de crimes graves. Houve um recurso de revisão, que foi julgado improcedente pelo Bundesverfassungsgericht (MORAIS, TRINDADE, 2011).

Ainda no âmbito do constitucionalismo europeu, a Corte Constitucional italiana se assemelha à origem do Tribunal Constitucional alemão, em relação à finalidade de sua criação, que visou romper, após a Segunda Guerra Mundial, o regime totalitário do país. Dessa forma, o país promulgou sua Constituição em 1947 e criou o Tribunal Constitucional do país anos depois, em meados de 1956.

Inicialmente houve um embate entre o Tribunal que havia sido recém-criado e a Corte Suprema de Cassação²⁰, em decorrência da

¹⁹ Também chamada de *Wertjurispruden*.

²⁰ É um órgão que não possui função jurisdicional em si, mas é uma unidade que se volta à manutenção da integridade do direito, exercendo a função nomofilática. Assim, organiza a forma de pensar da Corte e de organizar a imprensa institucional

perda de mando desta para aquela. Ainda assim, havia inúmeras leis incompatíveis com a nova Constituição que não eram alteradas pelo Parlamento. Nesse cenário, restava ao Poder Judiciário, na posição do Tribunal, uma posição ativista (MORAIS, TRINDADE, 2011).

Diante disso, pode-se afirmar que a Corte Suprema teve seu papel restrito por algum tempo no país, sendo impedida de atuar plenamente pela Suprema Corte de Cassação e pelas leis incompatíveis com o novo panorama social do país pós-guerra.

Para resolver essa situação, a solução encontrada pela jurisprudência italiana foi o uso de sentenças manipulativas, que podem ser definidas em breves linhas como decisões que resultam na alteração do significado da lei sem modificação formal do texto normativo (CAMPOS, 2015). Dito de outro modo, para conjugar o antigo e o novo, o juiz constitucional italiano ultrapassou sua função de ser apenas um intérprete da lei para manipular o sentido desta, introduzindo novos significados normativos ou substituindo os já existentes.

A doutrina italiana classifica as sentenças manipulativas em três categorias: sentenças redutivas, sentenças aditivas e sentenças substitutivas. No primeiro tipo, baseando-se na distinção entre o texto normativo e a norma, o juiz declara a nulidade de parte do conteúdo normativo sem alterar formalmente o texto legal, como se o adequasse à Constituição. Por outro lado, a segunda categoria, das sentenças aditivas, ocorre quando o Tribunal reconhece a inconstitucionalidade da lei por não prever algo que deveria prever, preenchendo assim lacunas normativas. Já com a terceira categoria, o juiz não se limita a julgar se determinado conteúdo normativo é inconstitucional e nulo, além disso tem a liberdade de propor a correção. Ou seja, as sentenças aditivas são capazes de demonstrar como a Corte era capaz de suprir uma lacuna axiológica legislativa de forma plena (CAMPOS, 2015), conferindo grande poder de decisão a esta.

(FREITAS, 2022). Ainda assim, vale ressaltar que, grande parte dos juízes que compunham o órgão eram conservadores.

Acerca das sentenças aditivas supracitadas²¹, um exemplo clássico que evidencia a atuação ativista da Corte ocorreu por meio da sentença 190, julgada em 10 de dezembro de 1970. Neste caso, estava em análise a legitimidade constitucional do artigo 304 do Código de Processo Penal, que autorizava a participação exclusiva do Ministério Público em interrogatórios, sem mencionar a presença dos defensores do acusado, o que violava o direito de defesa previsto expressamente no artigo 24, § 2 da Constituição. Diante disso, para corrigir esse desequilíbrio entre as normas, a Corte julgou adequado incluir no Código de Processo Penal a possibilidade de os defensores acompanharem os interrogatórios (CAMPOS, 2015).

A atuação da Corte italiana, por meio de sentenças aditivas, ilustra claramente o debate contemporâneo sobre as lacunas legislativas que permitem a atuação extensiva do Poder Judiciário. Leis omissas, que deixam de observar direitos fundamentais, permitem que juízes atuem fora de sua esfera para garantir a ordem constitucional.

Já no continente africano, a Corte Constitucional da África do Sul merece destaque quando o assunto é o ativismo judicial. Isso se dá pelo seu papel fundamental no constitucionalismo transformativo que ocorreu pós- Apartheid²², com interpretação progressista das normas contidas na Constituição de 1996, visando promover a justiça social (CAMPOS, 2015).

Nada obstante, a Corte africana desempenhou um papel singular na formação da Constituição de 1996, agindo de forma extraordinária. A constituição foi elaborada em dois momentos distintos: inicialmente,

21 Chamadas primeiramente de sentenças aditivas autoaplicativas, pois com o passar do tempo a Corte inaugura o pensamento de inconstitucionalidade de normas por não serem observados certos princípios constitucionais. Nesses casos, o Poder Judiciário não realiza uma integração normativa, tão somente informa ao Poder Legislativo que a omissão deve ser corrigida dentro de um determinado prazo (CAMPOS, 2015).

22 O apartheid foi um regime de segregação racial que ocorreu na África do Sul entre os anos 1948 e 1994, onde havia a ideia de que pessoas brancas seriam superiores. Nesse viés, foram criadas leis para separar a população, seja em transportes públicos, cidades ou escolas.

O fim desse período segregacionista começou a ser percebido em meados de 1989, quando o presidente Frederik de Klerk libertou Nelson Mandela da prisão após 27 anos, além de revogar diversas leis raciais (PEREIRA, VIZENTINI, 2007).

em 1994, os partidos políticos elaboraram uma Constituição Provisória, que foi promulgada em 1996. No entanto, antes da promulgação, a constituição passou por um teste de validação material realizado pela Corte Constitucional²³ (CAMPOS, 2015).

Um exemplo emblemático da atuação da Corte Constitucional africana, ainda antes da promulgação da Constituição em 1996, é o caso *State vs Makwanyane and Another*, julgado em 1995. Este caso versa sobre a abolição da pena de morte na África do Sul pós-Apartheid, sendo a decisão redigida pelo juiz Arthur Chaskalson (NETO, 2014).

No contexto histórico do país, essa decisão foi altamente impopular, uma vez que não havia dispositivo na constituição que proibisse a pena de morte. Para fundamentar o julgamento, argumentou-se que o direito à vida deve ser respeitado. Um ponto crucial nessa análise é o posicionamento político do juiz Chaskalson e de grande parte da Corte pós-Apartheid, já que em sua maioria eles se identificavam com os ideais igualitários e humanitários de Nelson Mandela (NETO, 2014).

Em outro momento, já em meados dos anos 2000, esta Corte inicia seus trabalhos de modo a preservar os direitos socioeconômicos dos cidadãos. Nesse viés, um caso paradigmático é o caso *Republic of South Africa vs Grootboom*, que ganhou esse nome por envolver a Sra. Grootboom, que havia perdido sua moradia (NETO, 2014).

Entretanto, o governo estava envolvido em um programa para proporcionar moradias dignas aos africanos que se encontravam em situação de moradia precária. Desse modo, quem não tem moradia, em tese, não deveria ser atendido por esse tipo de programa. No entanto, a Corte entendeu que, o direito constitucional a uma moradia digna deve ser garantido a todo e qualquer cidadão, sem distinção.

Posto isso, pode-se perceber que a Corte Constitucional africana atuava de forma a garantir não apenas a constitucionalidade das leis, como a garantia de que os direitos fundamentais seriam, de fato, observados. Dito de outra forma, o ativismo fica claro e evidente, além de devidamente fundamentado nesse caso.

23 Esse processo também pode ser chamado de certificação da Constituição da República da África do Sul (NETO, 2014).

O panorama latino-americano foi caracterizado pela judicialização da política durante as décadas de 1980 e 1990, um período marcado por reformas constitucionais que visavam estabelecer ou fortalecer o regime democrático, que havia passado por momentos sensíveis posteriormente. Essas reformas foram implementadas através da criação de cortes constitucionais ou do aumento dos poderes das cortes supremas já existentes. Por essa razão, serão abordadas as contribuições das cortes da Colômbia e do Brasil, respectivamente, nesse processo.

Na Colômbia, após vários anos de crises, seja pela violência ou pelo combate ao tráfico de drogas, a Constituição Política foi promulgada no ano de 1991 e no ano seguinte foi estabelecida a Corte Constitucional. Com isso, houve um marco político, que culminou no início de uma onda ativista por parte da Corte Constitucional, que passou a defender os direitos constitucionais de forma proativa. Essa defesa foi realizada principalmente por meio da ação de tutela, prevista no artigo 86²⁴ da constituição, e era direcionada contra

24 “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quien es el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.” (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1991).

Em tradução livre: Artigo 86. Qualquer pessoa terá o direito de ajuizar ação de tutela para pleitear perante os tribunais, a qualquer tempo e em qualquer lugar, mediante procedimento preferencial e sumário, por si ou por quem atue em seu nome, a imediata proteção de seus direitos constitucionais fundamentais, sempre que estes forem violados ou ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública. A proteção consistirá em uma ordem para que a parte contra a qual a tutela é solicitada aja ou se abstenha de agir. A decisão, que será imediatamente executável, poderá ser contestada perante o juiz competente e, em qualquer caso, este a encaminhará ao Tribunal Constitucional para possível revisão. Essa ação só deverá prosseguir quando

autoridades públicas que, seja por ação ou omissão, que violassem direitos fundamentais ou constitucionais (DA SILVA, 2014).

Para esclarecer, pode-se estabelecer uma analogia entre as ações de tutela e os Mandados de Segurança, que são uma figura presente no direito brasileiro. As ações de tutela funcionam como instrumentos processuais para a proteção dos direitos e interesses da sociedade.

Nas palavras de Paulo Maycon Costa (2014), um fato que deve ser apontado sobre a ação de tutela é que, conforme disposto no artigo 86, pode ser proposta por qualquer cidadão. Portanto, trata-se de uma ação popular e de caráter político. Por meio desse instrumento, as pessoas podem participar, objetivando impugnar ou defender normas sujeitas ao controle constitucional.

Durante sua atuação considerada ativista, a Corte assumiu um papel decisivo na definição dos limites dos direitos fundamentais, abordando questões como o consumo de drogas e a eutanásia²⁵. Especificamente em relação ao direito à morte digna, essa Corte desempenhou um papel central e polêmico, ao reconhecer que a morte digna é um dos direitos fundamentais²⁶ inerentes ao cidadão, mesmo que não esteja explicitamente mencionado na Constituição (CIOATTO; MACEDO, 2022).

Além da questão da morte digna, a Corte também invocou o princípio da dignidade humana, argumentando que suportar dores severas nos últimos dias de vida não está em consonância com o que se entende por dignidade humana, especialmente se puder ser

a parte afetada não tiver outros meios de defesa judicial, a menos que seja usada como um mecanismo transitório para evitar danos irremediáveis. Em nenhum caso poderá transcorrer mais de dez dias entre a solicitação de tutela e sua resolução. A lei estabelecerá os casos em que a ação de tutela poderá ser proposta contra particulares responsáveis pela prestação de um serviço público ou cuja conduta afete grave e diretamente o interesse coletivo, ou em relação aos quais o requerente esteja em estado de subordinação ou indefeso.

25 Sentença C-239-97

26 Embora descriminalizada em 1997, pela Corte Constitucional, somente em 2015 o Ministério da Saúde definiu quais seriam os parâmetros para realizar a eutanásia. Atualmente, a prática é regida pela Resolução 12.116/2015 e determina quais são os medicamentos permitidos para a prática, quais são as doenças terminais abrangidas (DE CASTRO, 2016).

evitado. Assim, a população recebeu essa decisão como um avanço na proteção dos direitos fundamentais, entendendo que tais direitos não estão limitados apenas ao que está expressamente estabelecido na lei, mas também refletem a realidade e as necessidades humanas em face dessa realidade (CIOATTO; MACEDO, 2022).

Diante do exposto, é evidente que a atuação da Corte colombiana é por vezes caracterizada como ativista, em alguns momentos assumindo um papel legislativo na defesa dos direitos e garantias fundamentais. No entanto, essa abordagem não precisa necessariamente ser avaliada como positiva ou negativa, mas sim como uma tentativa de concretizar o melhor interesse do cidadão.

Ao chegar ao território brasileiro, um marco de extrema importância neste estudo se apresenta: o surgimento latente e expoente do ativismo judicial após a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988. A partir desse momento, tanto o Brasil quanto o mundo voltaram sua atenção para o posicionamento do recém-estabelecido Estado Democrático de Direito brasileiro e como o Supremo Tribunal Federal atuaria de forma a defender os interesses da população.

Esse contexto ganha relevância quando há um olhar de retrospectiva em face aos anos iniciais da década de 1970, quando torna-se perceptível a desaprovação de grande parte da população no tocante ao regime militar. A Igreja Católica, juntamente com artistas e intelectuais, destacou as violações dos direitos humanos ocorridas durante um longo período, chamando a atenção do mundo para essas questões. Esses eventos serviram como alavancas para o surgimento de um Poder Constituinte focado em questões relacionadas aos direitos fundamentais (CRUZ; GUIMARÃES, 2017).

Diante da mudança paradigmática social, tornou-se imperativo buscar algo além do mero formalismo exegético, sendo necessário adentrar mais profundamente nos processos do que simplesmente seguir o formalismo. Nesse contexto, surge o constitucionalismo da efetividade social, conceito trazido por Cláudio Pereira de Souza. Esse movimento pode ser dividido em três dimensões: plano normativo,

plano argumentativo e plano da teoria da decisão (CRUZ; GUIMARÃES, 2017).

No âmbito normativo, uma mudança significativa foi o reconhecimento do texto constitucional como a norma normarum²⁷ do ordenamento jurídico, garantindo a observância dos direitos sociais, coletivos e normas programáticas (CRUZ; GUIMARÃES, 2017). Isso se deve ao fato de que a Constituição de 1988, assegurou a visibilidade e proteção de minorias que antes eram negligenciadas. Nesse sentido, pode-se afirmar que o texto constitucional possuía uma consistência jurídica, servindo como base sólida para o ordenamento jurídico.

Por meio desta Constituição, surgem novos procedimentos judiciais, como o mandado de segurança coletivo, habeas data, mandado de injunção e o mandado de segurança. Nesse viés, percebe-se que, se tem os primeiros passos para o tão sonhado Estado Democrático de Direito, onde o poder judiciário se liberta das amarras de costumes populistas. Em outras palavras, o Poder Judiciário começou a ser percebido como a elite jurídica do país (CRUZ; GUIMARÃES, 2017).

Esse é um ponto importante, pois o Judiciário e o Ministério Público necessitavam de uma nova tecnologia para basear seu agir, pois a simples metodologia hermenêutica que era oferecida pelo formalismo jurídico não mais bastava. Nesse momento, tem-se a mudança supracitada no Plano Argumentativo, onde a academia estava pronta para ser fonte de novas maneiras de interpretar (CRUZ; GUIMARÃES, 2017).

Neste aspecto, as concepções principiológicas de direito, trazidas por dois célebres autores, Ronald Dworkin e Robert Alexy, foram amplamente ventiladas no meio jurídico brasileiro, ganhando destaque. Como mencionado anteriormente, na Alemanha, o Tribunal Constitucional baseia suas decisões por meio da Jurisprudência de Valores, método já narrado no capítulo 1 deste trabalho. Naturalmente, o Brasil valeu-se desse método de interpretação normativa, o que

27 Em tradução livre: norma das normas.

levou, conseqüentemente, ao plano da teoria da decisão. (CRUZ; GUIMARÃES, 2017).

Nesse contexto de grandes mudanças, onde os juízes assumiram o papel de serem mais do que meros aplicadores da lei, os ensinamentos de Alexy e do jusfilósofo Kiel dominavam a academia. Isso resultou na produção de diversos estudos sobre a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, dando aos magistrados a confiança de que seriam capazes de combater os problemas políticos e de corrupção, que já eram pauta naquela época. O processo de impeachment do Presidente Collor fez aumentar ainda mais a desconfiança no Poder Executivo, o que gerou o fortalecimento dessa ideia de que o Judiciário poderia atuar como um salvador (CRUZ; GUIMARÃES, 2017). E nesse ponto, tem-se o caminho do chamado ativismo judicial no Brasil, o que mais tarde veio a ser a judicialização da política.

Entretanto, o caminho percorrido pelo Supremo Tribunal Federal não foi linear, e ao contrário do imaginado pelo senso comum, nem sempre a Corte foi tão atuante. Basta analisar os primeiros dez anos após a promulgação da Constituição de 1988, quando a posição adotada por esta Corte era de autocontenção (CAMPOS, 2012).

Esse passivismo pode ser explicado pelo fato de haver uma transição entre o regime autoritário e democrático, ou seja, o Tribunal buscava estabilizar o novo sistema e ordem constitucionais. Nesse viés, sua atuação voltava-se para a proteção de direitos e garantias individuais, bem como visava a proteção de qualquer excesso legislativo. Nessa fase, pode-se perceber que o STF preocupou-se em afirmar sua autoridade institucional, mas evitou intervir em questões políticas de maneira ampla (CRUZ; SOUZA; PAULA, 2023).

No entanto, em meados de 1990²⁸, surgiram novos desafios no campo político, o que levou a Corte a uma postura menos passivista. Desse modo, iniciam-se as interferências judiciais fazendo com que

28 Nesse período o país passava por uma grave crise de cunho econômico, foi implementado o plano Collor e também houve o *impeachment* de Fernando Collor. Ou seja, o Brasil passava por dificuldades nas estruturas financeiras e produtivas.

o orçamento público fosse inadmissível, pois se submetiam ao risco de descumprimento por desvio advindos de decisões judiciais. Naquela época, os conceitos de reserva do possível²⁹ e mínimo existencial³⁰ foram amplamente utilizados pela advocacia pública para recursos orçamentários e bem não monetários, como doação de órgãos e transplantes (CRUZ; SOUZA; PAULA, 2023).

No início dos anos 2000, primeiros anos do século XXI, o STF mostrou sua face mais proativa na formulação de políticas públicas e na interpretação de modo amplo da Carta Magna. Diversas razões podem ser atribuídas a essa mudança na forma de agir do Tribunal, sendo a principal a consolidação definitiva da democracia e com isso o fortalecimento das instituições que a compõem, o que levou o Tribunal a expandir sua área de atuação. Fora isso, o texto constitucional de 1988 previa diversos princípios abertos e direitos fundamentais, possibilitando uma interpretação ampla (CRUZ; SOUZA; PAULA, 2023).

A entrada de novos Ministros no Supremo Tribunal Federal causou, de forma paulatina, a mudança da técnica argumentativa que era utilizada. Desse modo, a Ponderação de Valores, de Alexy, ganha força em terras brasileiras. No entanto, ao longo do tempo, uma nova geração de juristas ligados ao pensamento de Kiel, que percebiam o quanto o Supremo estava de fato soberano, acima dos demais poderes. Ou seja, perceberam abusos e discricionariedade que eram praticados por meio do método de ponderação de valores utilizado.

Nas primeiras décadas dos anos 2000, o STF proferiu decisões que podem ser apontadas como um ativismo judicial mais evidente, destacando-se posicionamentos que visavam a efetivação de direitos fundamentais previstos na Constituição. Exemplos desse posicionamento incluem o reconhecimento da união estável homoafetiva (ADI 4277) e a proibição do uso do amianto (ADI 4066),

29 Pode ser definida, de forma conceitual, como um elemento externo, capaz de limitar ou até mesmo restringir o acesso dos titulares a um direito fundamental tendo em vista a limitação orçamentária estatal (SOUZA, 2013).

30 É uma parcela mínima dos direitos e garantias fundamentais que devem ser garantidos pelo Estado, sob risco de violar a dignidade da pessoa humana (SOUZA, 2013).

os quais serão abordados em detalhes no capítulo posterior deste trabalho.

Por mais que os casos supracitados demonstram o interesse precípua que o STF possui de promover mudanças sociais, guardando o direito dos cidadãos, uma parcela relativa da doutrina entende que o Tribunal atua de forma a exceder sua competência, atuando de forma ativista. Essa postura é vista como uma usurpação das atribuições conferidas aos demais poderes, uma vez que o STF estaria criando leis não previstas pelo Legislativo ou implementando políticas públicas que caberiam ao Poder Executivo (CRUZ; SOUZA; PAULA, 2023). Assim, podem ser citados como exemplos o caso do inquérito das *fake news*³¹ ou a proibição de operações policiais em favelas³².

Diante dessa breve linha do tempo, é perceptível o processo de expansão da esfera de Jurisdição do Supremo Tribunal Federal, além de relativa concentração de poderes em suas mãos. Pois, a partir de 1988, essa instituição passou a ter função de tribunal constitucional, foro especializado e órgão de cúpula do Poder Judiciário.

31 Inquérito número 4.781 foi instaurado pelo STF em março de 2019, visando investigar a existência de notícias fraudulentas, ofensas e ameaças aos Ministros do Supremo e seus familiares. Esse inquérito foi instaurado de ofício, ou seja, sem qualquer provocação em específico, o que gerou grande discussão sobre os poderes de investigação deste Tribunal (COSTA; FERREIRA, 2023).

32 O Ministro Edson Fachin proibiu liminarmente a realização de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia do coronavírus. Desse modo, as operações ocorreriam em situações excepcionais, com justificativa por escrito e comunicação imediata ao MP-RJ (BARREIRA, 2020).

4. AS DIMENSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

A abordagem multidimensional do ativismo judicial, porque construída sobre a realidade complexa e multifacetada das decisões ativistas, fornece maiores vantagens e utilidades para a tarefa de identificação e também avaliação das decisões ativistas.³³

Como mencionado anteriormente neste estudo, o conceito de ativismo judicial é um termo multifacetado, não existindo um consenso acerca de sua definição. Portanto, determinar com precisão quando uma decisão proferida é considerada ativista é uma tarefa desafiadora (CRUZ; REZENDE, 2021). Para auxiliar na compreensão do que de fato é o ativismo judicial, a doutrina optou por identificar as diversas dimensões desse fenômeno.

Dado que no Brasil ainda não há um consenso claro sobre uma definição *una* de decisão ativista, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2021) propõe seis abordagens para identificar esse tipo de sentença. No entanto, é importante destacar que, em geral, o ativismo judicial é amplamente compreendido como o oposto da autorestrição, seguindo o modelo estadunidense.

Ainda assim, é importante destacar que, como poderá ser depreendido, a maioria das dimensões busca concretizar os princípios e garantias fundamentais assegurados pela Constituição de 1988. Essa perspectiva está alinhada com o foco central deste trabalho, que é demonstrar que a atuação do Judiciário visa precisamente concretizar a Constituição no plano fático.

4.1 O ENFRENTAMENTO DE ANOMIAS

33 Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões Do Ativismo Judicial No Supremo Tribunal Federal*. 2012.

O enfrentamento das anomias é apresentado como o primeiro passo na definição de um paradigma para o termo ativismo judicial. Neste contexto, é crucial distinguir entre texto normativo e norma jurídica. O primeiro refere-se à norma pura, aquela que é escrita e efetivamente criada pelo legislador, na figura do Poder Legislativo, enquanto o segundo diz respeito à interpretação da norma em um caso concreto³⁴. A Constituição promulgada em 1988 é composta por um extenso conjunto de princípios e direitos fundamentais, razão pela qual é conhecida como a “constituição cidadã”. Diante desse panorama, o STF possui um amplo espaço para atuação, o que pode levar a decisões ativistas (CRUZ; REZENDE, 2021).

As normas de eficácia contida e diferida permitem tanto a restrição quanto a expansão de seus significados. As normas de eficácia contida referem-se àquelas que fazem referência a uma legislação futura. No entanto, mesmo na ausência dessa legislação, elas já são plenamente eficazes, uma vez que possuem aplicabilidade direta e imediata. Contudo, uma norma infraconstitucional pode restringir seu âmbito de aplicação, um exemplo disso pode ser encontrado no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal³⁵. Ou seja, pode-se depreender do artigo que o exercício profissional é livre, mas em alguns casos é restringido por normas infraconstitucionais, como é o caso do exercício da advocacia no Brasil (CRUZ; REZENDE, 2021).

Por outro lado, as normas de eficácia diferida podem ser aplicadas de forma direta e imediata, mas necessitam de normas infraconstitucionais para preencher suas lacunas. Essas normas já

34 Esse papel interpretativo cabe, na maioria das vezes, ao Poder Judiciário. Isso ocorre pelo fato de que o Judiciário atua decidindo casos concretos com base nas normas abstratas criadas pelo Legislativo.

35 “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 07 de abril de 2024)

possuem seu objeto delimitado pela Constituição, porém sua efetividade real só ocorrerá mediante atos legislativos de implementação. Em outras palavras, a eficácia das normas de eficácia diferida depende de legislação posterior, pois não constituem uma norma completa por si só. Um exemplo de norma de eficácia diferida é o artigo 7º, I, da Constituição Federal³⁶ (BRASIL, [2022]), pois a regulamentação sobre a despedida arbitrária será definida por lei infraconstitucional, qual seja, a CLT (CRUZ; REZENDE, 2021).

Nesta dimensão do ativismo judicial, as decisões podem ser consideradas ativistas quando interpretam e conferem eficácia às normas de modo a criar, adicionar ou alterar seu significado, sendo chamadas de sentenças normativas. Dentro desse contexto, as sentenças normativas utilizam princípios implícitos na Constituição para transformar uma decisão judicial em um dispositivo legislativo (CRUZ; REZENDE, 2021). Dessa forma, conforme Carlos Alexandre Campos (2012) compreende, esse seria o cenário em que o Judiciário atua como criador positivo do direito.

Desse modo, se normas constitucionais não são legisladas, há anomia e risco para a segurança jurídica. Assim, tendo em vista o histórico da inércia do Poder Legislativo em legislar sobre certos temas, a Constituição Cidadã introduziu o mandado de injunção³⁷ e ação direta de inconstitucionalidade por omissão³⁸. Essas ações seriam como mecanismos para o Poder Judiciário enfrentar as anomias e coibir os efeitos de omissões legislativas.

O exemplo apresentado por Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2021) para esta dimensão é, ironicamente, a regulamentação do próprio mandado de injunção. A Constituição de 1988 não prevê quais são os

36 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”

37 Conforme se depreende da Constituição de 1988 (BRASIL, [2024]), essa medida é reconhecida como um remédio constitucional, constituindo-se como uma ferramenta para garantir a efetivação dos direitos estabelecidos pela Constituição e que demandam legislação específica para sua concretização ou exercício.

38 É uma ação proposta perante ao STF em caso de omissão por um dos 3 poderes.

efeitos desse mecanismo, estabelecendo que eles devem ser tratados em ato legislativo infraconstitucional, ou seja, norma de eficácia diferida. Diante da inércia do Legislativo, a Corte assumiu um papel ativista ao definir uma posição jurisprudencial. Assim, após 28 (vinte e oito anos) anos de omissão legislativa, apenas em 2016 foi aprovada a Lei n.º 13.300, que regula o processo de julgamento do mandado de injunção. Isso evidencia que a Corte agiu de maneira proativa até que o legislador agisse conforme o necessário.

4.2 EXPANSÃO DOS PODERES PROCESSUAIS E DA FORÇA DAS DECISÕES JUDICIAL

Outra dimensão que pode ser utilizada para compreender se uma determinada decisão proferida pelo Judiciário foi ativista ou não, é a expansão dos poderes processuais e a força das decisões. Nesse sentido, dois aspectos distintos se destacam: os poderes processuais do STF e a força das decisões desse órgão (CRUZ; REZENDE, 2021).

Assim, no primeiro caso, trata-se do alcance do que o Estado considera sujeito à apreciação judicial, conforme descrito por Glauco Salomão Leite (2021), definindo essa dimensão como uma ampliação do que é cognoscível pelo Tribunal. Já no segundo caso, pode-se observar a potencialização da eficácia das decisões da Corte. Essa forma de ativismo judicial está relacionada a aspectos processuais do STF.

No tocante aos poderes processuais da Corte, pode-se citar como exemplo a ampliação do objeto das ações diretas de constitucionalidade³⁹. Inicialmente, era entendido que apenas leis e atos normativos que tratavam de normas gerais e abstratas poderiam ser objeto dessas ações, não havendo, portanto, o controle de constitucionalidade de normas individuais e concretas, mesmo quando não estavam em conformidade com os comandos constitucionais

³⁹ É usado para demandar que o STF determine se dado ato normativo federal, ou parte dele, é constitucional ou não, em decorrência de insegurança jurídica causada pelo dispositivo questionado.

(LEITE, 2021). Para tanto, tem-se trecho da ADI 643, exemplificando o entendimento da Corte:

Os atos estatais de efeitos concretos - porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata - não são passíveis de fiscalização jurisdicional, em tese, quanto a sua compatibilidade vertical com o texto da Constituição.⁴⁰

Com o decorrer do tempo, o STF pendeu para uma alteração em sua jurisprudência, permitindo que qualquer lei ou ato normativo seja objeto de controle abstrato de constitucionalidade. Nessa perspectiva, tanto leis ou atos normativos de caráter geral e abstrato quanto aqueles de caráter individual e concreto podem ser sujeitos a essa ação. Diante dessa modificação no escopo dessas ações, o tribunal fortaleceu-se ainda mais, ampliando sua atuação (LEITE, 2021).

Por meio dessa mudança de interpretação, por exemplo, tornou-se viável para o STF exercer o controle de constitucionalidade em relação aos atos do Poder Executivo, o que resultou em uma maior supervisão sobre o Presidente da República. Assim, atos que anteriormente estavam excluídos da análise jurisdicional, como as medidas provisórias em questões orçamentárias, passaram a ser objeto de análise judicial, deixando o âmbito meramente administrativo para serem considerados normas individuais e concretas. Diante do exposto, fica evidente que o desempenho de uma função atípica pelo Tribunal intensifica sua postura ativista (LEITE, 2021).

Em relação ao segundo ponto, observou-se um aumento na influência das decisões do Supremo Tribunal Federal no país. Isso fica evidente mediante ao poder que a Suprema Corte detém de estabelecer súmulas vinculantes a qualquer momento. Por meio dessas súmulas, o STF pode, mediante a decisão de dois terços de seus membros e após reiteradas deliberações sobre uma mesma questão constitucional,

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 643/ SP. Relator: Ministro CELSO DE MELLO, DJ 3.04.1992.

aprovar uma súmula com efeito vinculante⁴¹, conforme previsto no artigo 103-A da Constituição Federal, introduzido pela emenda nº 45 de 2004 (CRUZ; REZENDE, 2021):

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.⁴²

Diante do exposto, fica evidente que o papel das súmulas vinculantes é, em verdade, a padronização da jurisprudência do tribunal, o que leva a uma redução no número de processos apresentados perante a este órgão. No entanto, as súmulas também representam uma maneira do Poder Judiciário demonstrar sua função central no debate sobre normas constitucionais, não apenas em relação ao Legislativo, mas também ao Judiciário como um todo. Assim, tornam-se um instrumento de controle deste órgão sobre os demais, uma vez que vinculam sua interpretação (LEITE, 2021).

4.3 ATIVISMO CONTRAMAJORITÁRIO

Assim como nos Estados Unidos, o ativismo contramajoritário é compreendido como uma revisão judicial das decisões políticas do legislador democrático. Nessa toada, ocorre uma imposição da

41 Vale ressaltar que, a súmula com efeito vinculante tem repercussão nos demais órgãos do Poder Judiciário e administração pública, tanto direta quanto indireta (BONAVIDES, 2015).

42 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

vontade política dos membros do Judiciário em detrimento das decisões tomadas pelo Legislativo e pelo Executivo, que são instâncias compostas por representantes eleitos diretamente pelo povo (CRUZ; REZENDE, 2021).

Essa faceta do ativismo judicial não se restringe apenas ao binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade. E isso pode ser imputado à complexidade dos casos que chegam à corte e são julgados por este. Dessa forma, a técnica decisória adotada pelo STF resulta na exclusão ou inclusão de algum aspecto ainda não contemplado pelo legislador (LEITE, 2021). Nesse contexto, incluem-se as sentenças normativas, em sua maioria aditivas.

Segundo Glauco Salomão Leite (2021), a dimensão do ativismo judicial pode ser evidenciada e analisada por meio da ADPF 54⁴³, a qual desempenhou um papel normativo relevante ao descriminalizar o aborto de fetos anencefálicos. Tal acontecimento se deve à lacuna existente no artigo do Código Penal.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
(Vide ADPF 54)

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.⁴⁴

Nesse contexto, o Código Penal, ainda da década de 40, abordava apenas o aborto como medida para proteger a vida da gestante ou em casos de gravidez resultante de estupro, sem contemplar a questão da interrupção da gravidez em casos de anencefalia. Em outras palavras,

⁴³ Em meados de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) formalizou, perante ao STF a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Esta ação tem como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público, inclusive preceitos anteriores à Constituição de 1988. Ou seja, não pode ser utilizada como forma de questionar a constitucionalidade da lei (BUNCHAFT, 2012).

⁴⁴ BRASIL. [Código Penal (1940)]. Código Penal brasileiro de 1940. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

a ausência de disposições para situações em que o feto não tinha possibilidade de vida não era considerada.

Diante dessa lacuna legal, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) apresentou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ao Supremo Tribunal Federal (STF), com o intuito de obter uma resolução para a questão da interrupção da gravidez nos casos de fetos anencefálicos, que, possivelmente, não teriam viabilidade de vida (BORGES, 2012). Nesse contexto, não ocorreu a invalidação da norma ou a declaração de sua inconstitucionalidade. Assim, a decisão proferida por essa ADPF resultou em uma nova interpretação do artigo 128 do Código Penal.

“FETO ANENCÉFALO - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - MULHER - LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA - SAÚDE - DIGNIDADE - AUTODETERMINAÇÃO - DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRIME - INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”⁴⁵

Conforme supracitado acórdão, pode-se depreender que foi conferido uma nova forma de interpretação ao artigo do Código Penal, ou seja, a interpretação anterior foi considerada inconstitucional. Contudo, essa função, de alterar a interpretação legislativa, deve ser parte do Poder Legislativo, ficando evidenciado uma expansão dos poderes judiciais em detrimento dos demais.

Assim, o STF atuou no local que é, de origem, do Congresso Nacional. Nas palavras de Glauco Salomão Leite (2021), o Tribunal deve anular uma lei apenas quando considerada manifestamente

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Recorrente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012.

inconstitucional (*plain and clear*⁴⁶), ou seja, cabe ao Tribunal respeitar as decisões do Legislador.

4.4 MAXIMALISMO JUDICIAL

O maximalismo judicial caracteriza-se pela amplitude e profundidade dos argumentos utilizados para resolver algum caso em específico. Por meio desta abordagem, todos os aspectos do tema são discutidos, incluindo fatores históricos, políticos e morais. Dessa forma, os votos e decisões refletem uma análise abrangente do texto constitucional, às vezes ultrapassando os fundamentos estritamente necessários para resolver o caso em questão (CRUZ; REZENDE, 2021).

Como resultado, pode-se dizer que as decisões e votos maximalistas têm como objetivo não apenas esgotar o tema central do litígio, mas também abordar questões subjacentes que podem servir de referência para resolver conflitos futuros. Essa corrente de interpretação diverge da corrente do minimalismo substancial, que é defendido por Cass Sunstein (ZIEGLER; GAUER, 2016).

Conforme elucidado por Bruno Stigert (2021), os minimalistas baseiam seus argumentos apenas nas razões e circunstâncias essenciais para resolver o caso em questão, sem estabelecer regras ou premissas que possam ser aplicadas no futuro. Dessa forma, fundamentam suas decisões em fontes tradicionais do direito, como a legislação, evitando abordar questões morais e políticas, uma vez que Sunstein sugere que tais questões devem ser deixadas para órgãos democraticamente eleitos. Em outras palavras, o minimalismo judicial não se preocupa em detalhar sua análise durante o julgamento, conforme indicado no trecho a seguir:

To be sure, no one believes that all details are relevant. No one contends that judges should attend to the astrological

46 Em tradução livre: simples e claro

sign of the litigants, or the second letter of their last names, or the hour of the day on which certiorari was sought.^{47 48}

Nesse contexto, pode-se perceber uma postura minimalista por parte da Corte brasileira ao analisar-se o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 54, já mencionada. Nesse viés, o Ministro destacou a necessidade de cautela por parte do Tribunal ao lidar com a questão do aborto de fetos anencefálicos, tendo como base a dignidade da pessoa humana e a ponderação de princípios.

A trilha minimalista faz muito sentido quando o tribunal está lidando com a questão constitucional de alta complexidade, sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação está dividida, em termos morais ou outros quaisquer. O tribunal e os tribunais, portanto, tentam economizar no desacordo moral mediante a recusa em adotar os compromissos morais profundamente assumidos por outras pessoas, quando desnecessários para decidir o caso. Por essa razão, estou adotando essa postura de contenção judicial à hipótese de criminalização da mulher que realiza a antecipação terapêutica do parto em razão da anencefalia do feto⁴⁹

Ainda assim, o Ministro alertou para o risco de uma possível imposição de valores sobre temas complexos e controversos, o que poderia levar a uma espécie de tirania. Desse modo, torna-se claro que

47 Em tradução livre: “Com certeza, ninguém acredita que todos os detalhes sejam relevantes. Ninguém defende que os juízes devam prestar atenção ao signo astrológico dos litigantes, ou à segunda letra de seus sobrenomes, ou à hora do dia em que o requerimento de certificação foi feito.”

48 SUNSTEIN, Cass R. Problems with minimalism. **Stanford Law Review**, p. 1899-1918, 2006.

49 BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. ADPF 54. Recorrente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012.

defendeu a busca por soluções para esses casos delicados com base no que já foi estabelecido pelo legislador ordinário por meio das leis.

Por outro lado, Glauco Salomão Leite (2021) destaca um momento em que o Supremo Tribunal Federal atuou de maneira distinta, favorecendo uma abordagem mais abrangente no julgamento da ADI 3.510⁵⁰. Nesse sentido, a Corte examinou o conteúdo que era alvo do debate com uma extensa fundamentação que abordava a dignidade da pessoa humana, a laicidade do Estado, o valor e o início da vida humana, e até mesmo o planejamento familiar. Assim, fica evidente que o STF não se limitou apenas aos temas em debate na ADI, mas foi além, analisando questões que, mesmo relacionadas à ação, ultrapassaram seus limites.

Diante do exposto, é possível deduzir que o maximalismo judicial não possibilita o processo de deliberação social. Em outras palavras, as decisões maximalistas da Corte suprimem as instâncias majoritárias representadas pelos eleitos do povo no Congresso Nacional (LIMA, 2013). O ativismo judicial se manifesta nesse contexto quando os juízes decidem com margem para interpretar as leis de maneira ampla, e em casos nos quais não há legislação, baseando-se em convicções pessoais, em sua maioria de natureza moral.

4.5 IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES POSITIVAS AO PODER PÚBLICO

Essa dimensão implica na imposição ampliada de deveres positivos⁵¹ aos órgãos da Administração Pública, possibilitando que o STF atue como um espaço de demanda por direitos de natureza prestacional por parte do Estado, reduzindo a margem de discricionariedade concedida à Administração Pública. Assim, esta

50 A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Procurador-geral da República, buscando a declaração de inconstitucionalidade do art. 5 e seus parágrafos da Lei 11.105/2005, com base em princípios como dignidade da pessoa humana e direito à vida. Após o julgamento da ADI, reconheceu-se a constitucionalidade do artigo, possibilitando a pesquisa em células troncos embrionárias (PASSOS, 2019).

51 Os deveres positivos podem ser definidos como a situação em que a lei determina como deve-se agir, o que deve ser feito ou não.

dimensão pode ser comparada aos *judicial remedies*⁵² da doutrina americana (CRUZ; REZENDE, 2021).

No Brasil, essa dimensão está relacionada ao cumprimento de normas constitucionais que estabelecem diretrizes ou objetivos a serem alcançados pelo Estado, como o caso das políticas públicas (LEITE, 2021). Portanto, o Judiciário impõe à Administração Pública a correção das situações em que ocorra violação de direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição de 1988.

Em território brasileiro, as questões relacionadas à saúde pública têm sido cada vez mais levadas aos tribunais, evidenciando a crescente judicialização e o ativismo judicial como meios adotados pelo Judiciário para promover e efetivar o direito à saúde como um direito social fundamental. Pode ser citado como exemplo, o fato de que muitos cidadãos acionam o Poder Judiciário para acessar medicamentos ou tratamentos indisponíveis no Sistema Único de Saúde (DE OLIVEIRA; LIPPI, 2020).

Nada obstante, outro exemplo dessa dimensão é a ADPF 347, impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, demandando que fosse reconhecido o estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro e que a Administração Pública tivesse uma postura que levasse ao fim das lesões a preceitos fundamentais dos detentos.

Ainda assim, visando uma solução urgente, houve na petição inicial um pedido liminar (CRUZ; REZENDE, 2021), que evidenciou o estado inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Conforme o relatório dessa ação, o sistema carcerário do país apresenta uma grave violação dos direitos fundamentais dos detentos, incluindo a violação da integridade física, falta de alimentação adequada, condições precárias de higiene, acesso limitado à saúde e falta de oportunidades de trabalho.

52 Semelhantes aos remédios constitucionais brasileiros, podem ser considerados como instrumentos ou ferramentas jurídicas previstas para prevenir ou evitar ilegalidades, além de coibir o abuso de poder.

Desse modo, a atual situação não vai de encontro com os preceitos constitucionais, muito menos com os tratados de direito internacional sobre direitos humanos assinados pelo Brasil. A título de exemplo, faz-se necessária a análise dos seguintes artigos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;⁵³

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;⁵⁴

Objetivando superar a situação descrita, além da paralisia dos demais Poderes e da Administração Pública, coube ao STF atuar de forma a garantir que não sejam violados os direitos fundamentais dos presos. Assim firmou-se a seguinte tese:

1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos

53 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

54 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.⁵⁵

Percebe-se que foram estabelecidas medidas e exigências aos Poderes Públicos com o objetivo de mitigar as consequências das violações sofridas (CRUZ; REZENDE, 2021). Nesse contexto, conclui-se que essa dimensão pode ser entendida como uma forma de o Judiciário compelir os demais poderes a agirem para garantir que as premissas constitucionais sejam efetivamente cumpridas, promovendo a aplicação na prática da Constituição, não apenas no campo teórico, mas prático.

4.6 ATIVISMO DE PRECEDENTES

Essa dimensão pode ser equiparada à dimensão do *stare decisis*⁵⁶ encontrada no ativismo judicial americano, com algumas ressalvas, uma vez que no Brasil não é adotado o sistema do *common law*. Apesar de ser um país de *civil law*, o Brasil demonstra uma inclinação para a vinculação aos precedentes judiciais, como evidenciado pela criação

55 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 347, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 04-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 18-12-2023 PUBLIC 19-12-2023.

56 Em termos simples, pode-se definir como uma doutrina que advoga que os juízes e tribunais devem seguir o que foi estabelecido anteriormente, ou seja, decidido. Nesse sentido, as normas e princípios jurídicos estabelecidos a partir dos casos anteriores pelos tribunais têm influência vinculativa sobre o Poder Judiciário e os órgãos jurisdicionais inferiores, os quais devem aplicá-los em situações semelhantes (DE ASSIS, 2015).

de súmulas vinculantes e pela modulação dos efeitos das decisões do STF (CRUZ; REZENDE, 2021).

O ativismo de precedentes ocorre quando a Corte se distancia de uma posição previamente adotada, gerando insegurança jurídica no país. Em outras palavras, isso implica ignorar uma jurisprudência consolidada sobre uma determinada controvérsia para estabelecer uma nova interpretação da situação. Dessa maneira, surgem decisões do STF que não vão de encontro às suas próprias decisões anteriores e súmulas.

Uma decisão que pode ser considerada ativista no âmbito do STF é a declaração de inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, a qual divergiu dos precedentes estabelecidos pela própria Corte. Essa decisão foi motivada pelas ADCs 43, 44 e 54, que questionaram a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal⁵⁷, com fulcro no disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que consagra o princípio da presunção de inocência (CRUZ; REZENDE, 2021).

Para compreender como houve uma mudança de entendimento do STF, deve-se analisar o histórico do tema na Corte. Assim, em diversas ocasiões, o STF sustentou que a presunção de inocência não impedia a execução provisória da pena, até que houvesse o trânsito em julgado. Essa posição foi alterada no julgamento do HC 84.078 em 2009⁵⁸, mas posteriormente o antigo entendimento voltou a ser aplicado (DE CASTRO PINTO, 2018). Essa situação de incerteza levou, em meados de 2016, com que as ADCs 43, 44 e 54 fossem impetradas.

Em 2018, com a prisão do presidente Lula e as eleições presidenciais em curso, as discussões sobre o assunto vieram à tona. Lula era o favorito para o cargo naquele momento. Portanto, com o

57 “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

58 Reconheceu-se que a prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado seria inconstitucional, pois violaria o princípio constitucional da presunção de inocência (CRUZ; REZENDE, 2021).

objetivo de proteger os direitos do então candidato, foi impetrado um *habeas corpus* (HC 152.752), baseando-se no entendimento já estabelecido pelo STF de que a execução provisória da pena em segunda instância era considerada inconstitucional. No julgamento, porém, reconheceu-se a constitucionalidade da execução provisória da pena (DE CASTRO PINTO, 2018).

Já em meados de 2019, as supracitadas ADCs foram julgadas e consagrou-se o entendimento de que apenas após esgotadas todas as instâncias recursais, é possível a execução da pena (MELO, 2022).

Tal decisão traz à tona uma das maiores problemáticas do neoconstitucionalismo que é o superdimensionamento do Judiciário frente aos demais poderes, dado o papel de dar a última palavra nas situações das mais triviais do cotidiano e como fiador de direitos fundamentais, invalidando leis e atos normativos emanados de órgãos escolhidos pelo povo.⁵⁹

Diante do exposto, concluiu-se que, na ausência de comprovação de culpa, não pode haver condenação efetiva, rompendo com o paradigma que vinha sendo seguido por anos no STF. Dito de outro modo, a Corte, muitas vezes, estabelece regras e intervém no âmbito dos demais poderes, mas também possui o poder de rever as próprias regras que criou.

59 MELO, Arnaldo Souza. A execução provisória da pena e a relativização do princípio da presunção de inocência: uma análise da mudança de paradigma no julgamento das ADCs 43, 44 e 54. 2022.

5. ESTUDO DE *HARD CASES* NO BRASIL: ADI Nº4.277 E INQUÉRITO DAS *FAKES NEWS*

Nesse sentido, revela-se uma postura garantista e proativa do poder judiciário, com a emanção de ordens propensas a implementação de direitos e garantias a serem cumpridas pelos demais poderes constituídos. Pode-se cravar que o ativismo judicial é um importante elemento do desenvolvimento dos direitos fundamentais no Brasil.⁶⁰

Conforme exposto neste trabalho, o ativismo judicial não pode ser enquadrado como um fenômeno de qualificação única, dada a sua complexidade e múltiplas dimensões. No entanto, diante do exposto, é possível afirmar que, quando o Judiciário é acionado, muitas vezes ocorre uma violação do que está estabelecido na Constituição Federal. Portanto, pode-se considerar o Supremo Tribunal Federal não apenas como um guardião da lei, mas como um defensor dos direitos dos cidadãos em determinadas circunstâncias (DE FREITAS, 2020).

Com o objetivo de demonstrar a atuação ativista do STF em defesa dos direitos fundamentais no estado brasileiro, serão examinadas duas decisões consideradas ativistas pela doutrina predominante. Nesse sentido, serão analisadas minuciosamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.227 e o inquérito das *fakes news*, as quais apresentam uma diferença de aproximadamente onze anos entre si.

5.1 ADI Nº4.277

O julgamento conjunto, em 2011, da ADI 4.277 e da ADPF 132 pode ser considerado um marco na luta da sociedade pelos direitos

60 DE FREITAS WOGEL, Lucas Furlan; DOS REIS SILVEIRA, Ricardo. O ativismo judicial como efetivo garantidor dos direitos fundamentais. **Revista Paradigma**, v. 29, n. 3, p. 295-322, 2020.

individuais contra a discriminação de cunho sexual. Ainda assim, cabe ressaltar que, houve julgamento concomitante tendo em vista a grande semelhança em seus objetos (DA ROCHA; BAHIA, 2020).

A ADPF 132, protocolada e registrada em 27 de fevereiro de 2008, abordava a equiparação da união estável à união homoafetiva, incluindo os direitos previdenciários previstos no Decreto-Lei 220/1975⁶¹ (BEMFICA, 2019). Essa iniciativa foi tomada pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

Em sua argumentação, Sérgio Cabral afirmava que a diferenciação entre os tipos de união violaria diversos preceitos fundamentais, pois havia tratamento juridicamente reducionista aos casais dos mesmo sexo. Nessa toada, os princípios constitucionais violados seriam: princípio da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. Além disso, várias decisões judiciais anteriormente negaram o reconhecimento de direitos às uniões homoafetivas. Ainda assim, o autor requereu subsidiariamente que, caso o Supremo Tribunal Federal não decidisse pela procedência da ADPF, a ação fosse considerada como uma ADI (DA ROCHA; BAHIA, 2020).

Deste modo durante o julgamento, por sugestão do relator, Ministro Ayres Britto, os ministros optaram pela perda parcial do objeto da ADPF, uma vez que a legislação estadual, aprovada durante o trâmite da ação perante o STF, ampliou aos casais homoafetivos os direitos previdenciários assegurados pelo Decreto-Lei 220/1975 (BEMFICA, 2019). Nessa circunstância, o pedido subsidiário foi admitido como ADI e julgado em conjunto com a ADI 4.227, pois, conforme já mencionado, apresentavam solicitações idênticas.

Já a ADI 4.277 foi proposta em julho de 2009 pela Procuradoria Geral da República. A ação tinha como principal argumento a possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, fundamentando-se nos seguintes princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, igualdade, vedação

61 Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro.

à discriminação odiosa e segurança jurídica. Observa-se uma semelhança com os argumentos da ADPF mencionada anteriormente, o que levou à redistribuição da causa ao Relator Ministro Ayres Britto (DA ROCHA; BAHIA, 2020).

Neste ponto, torna-se crucial compreender como os Ministros desenvolveram a linha de pensamento para decidir, por unanimidade, a favor da equiparação entre a união estável heteroafetiva e entre pessoas de mesmo sexo. Desse modo, nas ações, foi necessário compreender se a sexualidade de um casal seria motivo para diferenciação, levando em consideração o fator da discriminação na equiparação entre as uniões.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, afirmou que não equiparar as uniões seria uma forma de discriminação. Isso significaria uma violação do princípio da igualdade, assim como do direito à autonomia privada, uma vez que obrigar os casais do mesmo sexo a se comportarem como casais heterossexuais representa uma interferência na vontade deles.

Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais - sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades.⁶²

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Relator para Acórdão:

Outro aspecto relevante desta ação foi o debate em torno da interpretação do artigo 226, §3º, da Constituição Federal⁶³ e do 1.723 do Código Civil⁶⁴. Em outras palavras, também se discutiu o conceito de família presente tanto na Constituição quanto no direito civil. A decisão da Corte foi de que a exclusão da possibilidade de formação de uma família por pessoas do mesmo sexo vai de encontro à natureza aberta da Constituição, bem como à proteção assegurada aos cidadãos pelos direitos fundamentais.

Nesse sentido, é importante observar que o §2º do artigo 5º da Constituição Federal⁶⁵ explicita que o extenso rol de Direitos Fundamentais contido no texto não é limitativo, mas sim aberto. Isso significa que não se exclui a possibilidade de incorporação de outros direitos, seja por meio de Tratados e Convenções Internacionais, ou mesmo através da interpretação do que já está estabelecido (DA ROCHA; BAHIA, 2020).

A ideia de que a Constituição tenha estabelecido apenas um modelo de união estável conflita com o propósito de uma Constituição Cidadã. Isto significa que a Constituição existe para garantir direitos, não para restringi-los, pois trata-se de um documento vivo, sujeito a mudanças e aberto à inclusão de novos direitos e novos sujeitos de direitos, independentemente da intenção inicial do constituinte (DA ROCHA; BAHIA, 2020).

Mínistro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05 de maio de 2011. Processo eletrônico. DJe (Diário de Justiça eletrônico) sem numeração, divulgação em 13 de outubro de 2011, publicação em 14 de outubro de 2011.

63 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

64 “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

65 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Para reafirmar esse entendimento, o acórdão da ADI 4.277 enfatiza claramente que a interpretação do dispositivo do Código Civil deve ser feita à luz da Constituição, ou seja, deve-se usar a técnica da interpretação conforme⁶⁶. Dessa maneira, chegou-se à conclusão de que a união homoafetiva também se enquadra no conceito de uma entidade familiar.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.⁶⁷

Essa decisão foi tão crucial como um *hard case*⁶⁸ para o judiciário, uma vez que, como mencionado anteriormente, houve uma

66 Para alguns, esse é considerado um princípio. Dessa forma, tal princípio atribui ao julgador o papel de guardião da Constituição, pois ele deve observar o modelo normativo estabelecido pelo legislador constitucional, não podendo agir com livre discricionariedade em suas decisões. Assim, evidencia-se a importância da Lei Fundamental e uma tentativa de equilíbrio entre os Poderes. (SICCA, 1999).

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277. Relator: Ministro Ayres Britto. Relator para Acórdão: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05 de maio de 2011. Publicado em: DJe (Diário de Justiça eletrônico), sem numeração, de 13 de outubro de 2011. Publicação oficial em: 14 de outubro de 2011. Processo eletrônico.

68 São definidos como casos de difícil solução. A definição desses casos como sendo de difícil solução foi proposta por Ronald Dworkin. Essa dificuldade surge por três

mudança na compreensão do conceito de família/entidade familiar. Consequentemente, uma interpretação mais abrangente, em vez de restritiva, começou a ser aplicada, garantindo que os direitos mais básicos da parte marginalizada da sociedade fossem reconhecidos, conforme depreende-se do excerto abaixo:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.⁶⁹

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, *mera bouche de la loi*⁷⁰, acrítica e mecânica, admitindo-se certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, principalmente quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Nesse contexto, percebe-se que a decisão do STF em relação aos direitos previdenciários dos parceiros do mesmo sexo buscou justamente suprir essas lacunas, demonstrando o

razões principais: quando nenhuma “regra” apresenta uma solução clara, quando o intérprete encontra normas abertas que demandam um esforço interpretativo adicional e quando vários princípios são aplicáveis simultaneamente a esses casos. Esses são os casos concretos de difícil solução enfrentados pelo Tribunal (NETO; ANDRADE; RUSCH, 2008).

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277. Relator: Ministro Ayres Britto. Relator para Acórdão: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05 de maio de 2011. Publicado em: DJe (Diário de Justiça eletrônico), sem numeração, de 13 de outubro de 2011. Publicação oficial em: 14 de outubro de 2011. Processo eletrônico.

70 Em tradução livre para a língua portuguesa: boca da lei.

papel ativo do judiciário na proteção dos direitos fundamentais e na efetivação da justiça social (BRASIL, ADI 4.277, 2011).

Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista no art. 226, precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a ocorrência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo. Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.⁷¹

Diante do exposto, torna-se evidente que, caso o Poder Legislativo não exerça suas funções de maneira adequada, o Tribunal será incumbido de preencher essa lacuna. Nessa toada, enquanto o Legislativo negligencia suas responsabilidades, o Judiciário atua como garantidor para que sejam observados os princípios e garantias constitucionais, como liberdade e igualdade, tão estimados para o Estado democrático de Direito.

O Tribunal, portanto, precisa adentrar em uma esfera que, na verdade, é atribuição do Congresso Nacional, instituição que deveria considerar de forma efetiva os direitos das minorias, editando e

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277. Relator: Ministro Ayres Britto. Relator para Acórdão: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05 de maio de 2011. Publicado em: DJe (Diário de Justiça eletrônico), sem numeração, de 13 de outubro de 2011. Publicação oficial em: 14 de outubro de 2011. Processo eletrônico.

firmando diplomas legais que protejam essa parcela da população. E é exatamente nesse ponto que torna-se claro que as instituições majoritárias nem sempre estão aptas a zelar pelas minorias. Para suprir essa lacuna, a Corte atuou de forma ativista, substituindo o que é conhecido como legislador democrático na proteção jurídica de casais homoafetivos (LEITE, 2021).

5.2 INQUÉRITO DAS *FAKES NEWS*

Durante o governo Bolsonaro, período compreendido entre os anos 2019 a 2022, muitas controvérsias surgiram acerca do papel desempenhado pelo STF⁷². Nesse contexto, o Tribunal teve que desempenhar um papel fundamental na proteção e promoção do Estado democrático de Direito. Além de basear-se nos princípios sólidos estabelecidos pela Constituição de 1988, o STF se viu obrigado a empregar outros mecanismos para combater a propagação da antidemocracia durante esse período.

Com o objetivo de proteger-se e preservar a democracia, o Tribunal iniciou de ofício⁷³ o Inquérito 4.781/DF, mais conhecido como Inquérito das *Fake News*⁷⁴. No mês de março de 2019, o Ministro Dias Toffoli, então presidente do STF, assinou a Portaria GP número 69, que deu início a um inquérito presidido pelo Ministro Alexandre de Moraes (MOURA, 2021).

O principal objetivo deste inquérito é investigar a disseminação de notícias falsas, ameaças e denúncias caluniosas dirigidas aos

72 O então presidente da república gerava diversas controvérsias que eram expostas à população durante seu mandato, marcado por momentos de tensão com o Tribunal. Bolsonaro enfrentou conflitos com os próprios ministros, por vezes dirigindo ofensas a eles.

73 Conforme conceito exposto pelo artigo INQUÉRITO DE OFÍCIO PELO STF É LEGAL? (2019), o inquérito pode ser definido como um procedimento investigativo pré-processual que busca esclarecer um suposto crime em questão, além de estabelecer a justa causa para ação penal e atuar como filtro para o ajuizamento de processos .

74 São informações disseminadas em meios digitais, apresentadas como verdadeiras, mas que na verdade são falsas. Através disso, busca-se criar polêmicas sobre fatos ou pessoas com o intuito de atingir a imagem e a honra (COSTA; FERREIRA, 2023).

membros da Suprema Corte, incluindo seus familiares. Assim, para aumentar o escopo de investigação, essas ofensas podem ser alvo de investigação em qualquer espaço do território nacional (MOURA, 2021).

Após essa atuação da Corte, diversos juristas, especialmente os apoiadores de Jair Bolsonaro, argumentaram que o Tribunal estava ultrapassando seus limites ao iniciar um inquérito, ou seja, uma investigação, como instituição. Conseqüentemente, o ex-presidente Bolsonaro afirmava que a aplicação incondicional do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF)⁷⁵ estava sendo feita de maneira abstrata. Ainda assim, argumentou que o inquérito estaria ferindo princípios e garantias fundamentais:

A ação aponta violação aos princípios constitucionais do juiz natural, da segurança jurídica, da vedação a juízo de exceção, do devido processo legal, do contraditório, da taxatividade das competências originárias do STF e da titularidade exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público.⁷⁶

Nesse contexto, foi apresentada a ADPF 572/DF⁷⁷ no mês de março de 2019. Essa ação tinha como foco a supracitada Portaria 69/2019 da Presidência do STF, responsável por dar início ao inquérito.

75 “Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.”

76 BOLSONARO questiona dispositivo do Regimento Interno do STF que embasou abertura do inquérito das fake news: Ação argumenta que a instauração de inquéritos de ofício pelo Supremo viola princípios fundamentais da Constituição.. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 20 ago. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471396&ori=1>. Acesso em: 26 mar. 2024.

77 A ADPF foi ajuizada pelo partido político REDE e tinha como objeto a arguição de que o STF estaria extrapolando seus limites institucionais por meio do inquérito (MOURA, 2021).

Os requerentes, em sua argumentação, indicaram que o artigo 43 da RISTF, utilizado como base para essa portaria, trata de fato do poder de polícia interno do Tribunal. Dessa forma, sugeriam que o STF estaria agindo no âmbito da Polícia Judiciária ou do Ministério Público (BRASIL, ADPF 572/DF, 2019).

Alega o autor que possui legitimidade ativa e que a Portaria, ato do Poder Público, estaria lesando ou ameaçando de lesão o preceito fundamental da liberdade pessoal, que inclui a garantia do devido processo legal (CRFB, art. 5º, LIV), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), da legalidade (art. 5º, II) e a vedação a juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII).⁷⁸

O julgamento da ADPF 572/DF ocorreu em meados de junho de 2020, resultando na maioria dos ministros decidindo pela sua improcedência e, conseqüentemente, pela constitucionalidade do inquérito 4781-STF. O Ministro Marco Aurélio foi o único a votar contra a constitucionalidade do referido inquérito, sendo vencido pelos outros 10 ministros do Supremo Tribunal Federal (MOURA, 2021).

O ministro Marco Aurélio expressou o seu desacordo com a decisão de considerar o caso como improcedente, destacando que o artigo 43 do Regimento Interno do STF, que embasou a abertura do inquérito, não está em consonância com a Constituição de 1988. Ele argumentou que houve uma violação do princípio do sistema penal acusatório, que preconiza a separação das funções de acusação, uma vez que o procedimento investigativo não foi iniciado pelo procurador-geral da República.

78 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572. Relator: Ministro Edson Fachin. Relator para Acórdão: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 18 de junho de 2020. Publicado em: DJe (Diário de Justiça eletrônico), sem numeração, de 18 de junho de 2020. Publicação oficial em: 18 de junho de 2020. Processo eletrônico.

Para ele, esse déficit inicial afeta todo o desdobramento do processo. Conforme sua visão, as investigações se concentram em críticas direcionadas aos ministros, as quais ele considera protegidas pelos direitos à liberdade de expressão e de pensamento (BRASIL, ADPF 572/DF, 2019). Contudo, assim ficou entendida a matéria:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF. PORTARIA GP Nº 69 DE 2019. PRELIMINARES SUPERADAS. JULGAMENTO DE MEDIDA CAUTELAR CONVERTIDO NO MÉRITO. PROCESSO SUFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. INCITAMENTO AO FECHAMENTO DO STF. AMEAÇA DE MORTE E PRISÃO DE SEUS MEMBROS. DESOBEDIÊNCIA. PEDIDO IMPROCEDENTE NAS ESPECÍFICAS E PRÓPRIAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO EXCLUSIVAMENTE ENVOLVIDAS COM A PORTARIA IMPUGNADA. LIMITES. PEÇA INFORMATIVA. ACOMPANHAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA VINCULANTE Nº 14. OBJETO LIMITADO A MANIFESTAÇÕES QUE DENOTEM RISCO EFETIVO À INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA. 1. Preliminarmente, trata - se de partido político com representação no Congresso Nacional e, portanto, legitimado universal apto à jurisdição do controle abstrato de constitucionalidade, e a procuração atende à “descrição mínima do objeto digno de hostilização”. A alegação de descabimento pela ofensa reflexa é questão que se confunde com o mérito, uma vez que o autor sustenta que o ato impugnado ofendeu diretamente à Constituição. E, na esteira da jurisprudência desta Corte, compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental e, diante da vocação da Constituição de 1988 de reinstaurar o Estado Democrático de Direito, fundado na “dignidade da pessoa humana” (CR, art. 1º, III), a liberdade pessoal e

a garantia do devido processo legal, e seus corolários, assim como o princípio do juiz natural, são preceitos fundamentais. Por fim, a subsidiariedade exigida para o cabimento da ADPF resigna - se com a ineficácia de outro meio e, aqui, nenhum outro parece, de fato, solver todas as alegadas violações decorrentes da instauração e das decisões subsequentes.

2. Nos limites desse processo, diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada totalmente improcedente, nos termos expressos em que foi formulado o pedido ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019 enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas. 3. Resta assentado o sentido adequado do referido ato a fim de que o procedimento, no limite de uma peça informativa: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a Súmula Vinculante n.º 14; (c) limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais.⁷⁹

79 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572. Relator: Ministro Edson Fachin. Relator para Acórdão:

No contexto acadêmico e jornalístico, o inquérito das fake news tem sido alvo de diversas críticas. Principalmente questiona-se sua instauração de ofício, a ausência de participação efetiva do Ministério Público e a concentração excessiva de poder nas mãos do Supremo Tribunal Federal (DE OLIVEIRA; DE CARVALHO RÊGO, 2023).

Neste viés, destaca-se que grande parte das críticas devido aos apontamentos de que o STF ultrapassou seus limites de atuação ao instaurá-lo sem observar as normas processuais⁸⁰ e o devido processo legal, conduzindo-o de maneira sigilosa e com amplos poderes investigativos. Além disso, são apontadas preocupações sobre a liberdade de expressão e o uso do inquérito como uma possível ferramenta de censura (COSTA; FERREIRA, 2023).

Alega-se que o sistema empregado pelo STF para este inquérito não está em conformidade com o princípio do sistema penal acusatório. Isso se deve à maneira como foi instaurado, à abstração de objeto e à concentração de poderes nas mãos de um grupo restrito de indivíduos (ministros do STF), o que não se coaduna com os princípios do Estado democrático de Direito (NONATO; CASTRO; ALMEIDA, 2023).

Acerca das garantias liberdade de expressão e censura, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) demonstrou preocupação em relação à atitude do Ministro Alexandre de Moraes em abril de 2019. Essa ação visava remover notícias veiculadas em sites e portais eletrônicos que mencionavam o nome do Ministro Dias Toffoli, além de bloquear as contas nas redes sociais de indivíduos investigados no inquérito. Em outras palavras, a OAB manifestou uma preocupação com a liberdade de expressão dos meios de comunicação, argumentando que estes não deveriam ser impedidos de noticiar sobre o ministro por uma decisão do STF, pois isso equivaleria a restringir a liberdade de imprensa (BUZALAF; TACLA; SACOMAN, 2021).

Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 18 de junho de 2020. Publicado em: DJe (Diário de Justiça eletrônico), sem numeração, de 18 de junho de 2020. Publicação oficial em: 18 de junho de 2020. Processo eletrônico.

80 É alegado que o objeto da investigação é demasiadamente abstrato e que foi nomeado um relator sem o sorteio (BUZALAF; TACLA; SACOMAN, 2021)

Insta salientar que em maio de 2020, o ministro relator Alexandre de Moraes decidiu pelo arquivamento da investigação, considerando que a responsabilidade investigativa caberia ao Ministério Público (COSTA; FERREIRA, 2023). No entanto, o relator confirmou em 2022 que as investigações estão em curso conforme planejado. Em uma entrevista, Alexandre de Moraes declarou:

Moraes afirmou que não pretende arquivar o inquérito, pois está chegando aos financiadores das notícias falsas. “As pessoas não entendem que a investigação tem o seu momento público, e tem seu momento sigiloso, que no mais das vezes é o mais importante, em que vai custurando as atividades ilícitas que a Polícia Federal está investigando em relação a isso”, disse.⁸¹

Nesse cenário, na tentativa de controlar as notícias falsas espalhadas, foi criado um projeto de lei que visa garantir a responsabilidade no ambiente virtual, sem levar os usuários a perderem sua liberdade. O PL 2.630/2020 foi remetido à Câmara dos Deputados, mas já foi aprovado em plenário.

Nesse sentido, o supracitado projeto de lei, também chamado de Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência Digital na Internet. Esta lei define diretrizes sobre a transparência de plataformas de redes sociais e de mensagens privadas, especialmente no que diz respeito à responsabilidade dos provedores na luta contra a desinformação e na promoção da transparência online, incluindo a divulgação de conteúdos patrocinados e a supervisão das ações do

81 PATRIOLINO, Luana. Moraes afasta rumores de que inquérito das fake news será arquivado: Em palestra, ministro do STF afirmou que processo das fake news continua e que está próximo de financiadores. Magistrado também citou a desinformação como principal desafio para o pleito deste ano. CORREIO BRAZILIENSE, [S. l.], 29 abr. 2022. POLÍTICA. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/04/5004241-moraes-afasta-rumores-de-que-inquerito-das-fake-news-sera-arquivado.html>. Acesso em: 26 mar. 2024.

poder público. Além disso, prevê penalidades para casos de violação dessas normas (SENADO FEDERAL, 2023)

Assim dispõe a explicação da ementa acerca dos objetivos desta lei, o que é reforçado no artigo 3 do texto:

Estabelece normas relativas à transparência de redes sociais e de serviços de mensagens privadas, sobretudo no tocante à responsabilidade dos provedores pelo combate à desinformação e pelo aumento da transparência na internet, à transparência em relação a conteúdos patrocinados e à atuação do poder público, bem como estabelece sanções para o descumprimento da lei.⁸²

Diante do exposto, fica evidente que a atuação do STF teve como objetivo salvaguardar os princípios do Estado democrático de Direito, que estavam sob ameaça devido ao anonimato e à facilidade de ocultação de identidade proporcionados pela internet aos seus usuários. Em uma era marcada por intensa polarização, há momentos em que o Judiciário precisa intervir para proteger o que é mais valioso: os direitos e garantias fundamentais. Ademais, observa-se que a postura ativista do STF trouxe benefícios à sociedade, ao estimular o legislativo a elaborar uma legislação que regulamente as interações na internet.

82 SENADO FEDERAL. Dados Legislativos, 2023. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>>. Acesso em: 26 mar. 2024.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso se propôs a analisar a definição do termo ativismo judicial, examinando duas decisões que exemplificam esse fenômeno, para assim compreender seu real significado.

Primeiramente, foi essencial abordar a origem histórica do termo e sua adoção na cultura brasileira e global. Como apontado por Campos (2016), o ativismo judicial, em seu contexto inicial, referia-se a uma postura que era contrária a autocontenção judicial, permitindo que os juízes ativistas substituíssem a vontade do legislador, especialmente no que diz respeito à efetivação dos direitos das minorias.

Com o passar do tempo e com a globalização, o termo passou a ser utilizado por diversos países no mundo, cada qual com sua história e realidade. Nesse ponto, diferentes sistemas judiciais enfrentaram questões semelhantes de interpretação constitucional e proteção de direitos colocados para serem resolvidos pelo Judiciário, causando entendimentos diversos do que pode ser definido como ativismo judicial.

Fica claro que a definição do termo ativismo judicial é uma tarefa complexa e desafiadora, dada a sua complexidade e variedade de aspectos a serem considerados. Portanto, é necessário compreendê-lo como um fenômeno multifacetado, conforme proposto pelo Professor Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2021), discutido neste trabalho em seu terceiro capítulo, a fim de evitar sua banalização. No entanto, é importante ressaltar que o uso trivial deste termo já é comum, em grande parte devido ao seu uso inadequado pela imprensa ou mesmo à falta de uma definição consensual do conceito.

Por ser um fenômeno polissêmico, com múltiplos significados, o ativismo judicial permite diversas interpretações, dependendo da perspectiva adotada e da dimensão analisada. É nessa conjuntura que surge a preocupação com um Judiciário hiperativo, levando os cidadãos a não compreenderem que, com o tempo e novas exigências,

a concepção clássica de separação de poderes, conforme pensada e idealizada por Montesquieu⁸³, deve ser reavaliada.

Conforme proposto por Kelsen (1992, p. 263), o Estado desempenha essencialmente duas funções: a criação e a aplicação do direito. Portanto, é inevitável que os Poderes atuem de maneira interdependente, inevitavelmente um poder cruzará a esfera de atuação do outro. Nessa toada, o segundo capítulo demonstrou como o Judiciário tem passado por redimensionamento de modo global. Assim, ao contrário do que muitos podem pensar, uma postura hiperativa do Judiciário não é exclusiva da realidade brasileira.

Em outras palavras, ao redor do mundo, há uma tendência de que o Judiciário seja convocado para resolver lacunas, inatividade ou ineficácia dos outros poderes, tornando-se a instância final para a qual os cidadãos recorrem em busca de seus direitos. Esse fato pode ser observado por meio do ativismo judicial não apenas nos Estados Unidos da América, mas Colômbia, África do Sul, Itália e outros países.

No que tange o Brasil, o Judiciário deixou de ser um departamento meramente técnico e passou também a desempenhar um papel político, dividindo o espaço com o Legislativo e Executivo, gerando mudanças na relação da sociedade com as instituições judiciais. Mesmo sendo jurídicos os métodos utilizados para a atuação e argumentação calcada em leis, o STF atua inegavelmente como uma Corte política.

A Constituição de 1988 estabelece o STF como o órgão máximo do Poder Judiciário, conferindo-lhe ampla margem de atuação. Nesse contexto, os Ministros comumente encontram-se na posição de agir com base em suas convicções políticas para proteger o que consideram ser a democracia, como exemplificado no quarto capítulo deste trabalho. Através de um inquérito das *fake news* que, embora não tenha necessariamente seguido os princípios do devido processo legal,

83 Para Montesquieu, o Estado deveria ser subdividido em três poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Assim, os poderes possuem atribuições divididas, para que cada um limite o outro. Para ele, o Poder Executivo deveria estar na mão de um monarca, o Poder Legislativo ser representado por eleitos pelo povo e o Poder Judiciário caberia o papel de julgar (PELICIOLI, 2006).

o STF interveio para manter a estabilidade democrática no Brasil, pois naquele momento, se via ameaçada pela extrema direita.

A ADI 4.277 analisada no presente trabalho ilustra a preocupação do STF com os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Nesse caso específico, foi possível observar uma atuação focada em preencher uma lacuna legislativa diante da evolução do conceito contemporâneo de família e entidade familiar. Isso evidencia que em certas ocasiões, quando o Poder Legislativo se mostra inerte, cabe ao Judiciário intervir.

Portodo o exposto até o momento, e considerando a independência e harmonia entre os Poderes estabelecida pela Constituição de 1988⁸⁴, é possível argumentar a favor de uma postura ativista do Judiciário para garantir direitos e garantias considerados fundamentais e que não foram respeitados pelos demais Poderes. Dentro desse contexto, desde que fundamentado em normas constitucionais, é admissível que o Judiciário atue de maneira flexível na interpretação das leis, dentro de limites razoáveis.

84 Conforme disposto no artigo segunda da CF 88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. **Ratio juris**, v. 16, n. 2, p. 131-40, 2003.

BACHA, Diogo et al. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. *Revista de informação legislativa*, v. 50, n. 199, p. 163-178, 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. O Constitucionalismo não escrito do Common Law e a Constituição viva. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, p. 2623-2647, 2022.

BARBOZA, Maria Cristina. EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

BARREIRA, Gabriel. Ministro do STF proíbe operações em favelas do Rio durante a pandemia. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/06/05/fachin-proibe-operacoes-em-favelas-do-rio-durante-a-pandemia.ghml>. Acesso em: 02 abr. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito**, n. 9, 2008.

BEMFICA, Melina Macedo. ATIVISMO JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDO DE CASO SOBRE A ADI 4.277. **Caderno Virtual**, v. 2, n. 43, 2019.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BORGES, Suyane Machado. A questão da interrupção da gravidez de feto anencéfalo no STF-uma análise da ADPF 54. **Revista de Direito**

dos Monitores da Universidade Federal Fluminense, v. 5, n. 12, p. 101-114, 2012.

BOROTA DE OLIVEIRA, Luis Gustavo; LIPPI, Maria Clara. Judicialização e ativismo judicial sobre as demandas de saúde pública no Brasil. **Revista Derecho del Estado**, n. 45, p. 245-274, 2020.

Britannica, The Editors of Encyclopaedia. “Fourteenth Amendment”. Encyclopedia Britannica, 4 Mar. 2024, <https://www.britannica.com/topic/Fourteenth-Amendment>. Accessed 4 March 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 de abril de 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADPF 54. ESTADO - LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - MULHER - LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA - SAÚDE - DIGNIDADE - AUTODETERMINAÇÃO - DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRIME - INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. Código Penal brasileiro de 1940. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 9 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277. Relator: Ministro Ayres Britto. Relator para Acórdão: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05 de maio de 2011. Publicado em: DJe (Diário de Justiça eletrônico),

sem numeração, de 13 de outubro de 2011. Publicação oficial em: 14 de outubro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Sequência (Florianópolis)**, p. 155-188, 2012.

BUZALAF, Mirelle Neme; TACLA, Silvia Regina; SACOMAN, Sofia Sanches. Ativismo judicial: uma análise do papel do Poder Judiciário no cenário brasileiro contemporâneo. **Revista do Direito Público**, v. 16, n. 2, p. 10-25, 2021.

CAMPOS, Bruna Villas Boas. As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional: o império dos homens sobre o direito. 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. 2012. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas-os casos das cortes constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. In: **Revista de Processo**. 2015. p. 403-427.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de Informação Legislativo**, v. 53, n. 209, p. 115-132, 2016.

COSTA, Ana Carolina Marques Tavares; FERREIRA, Marcel Chaves. **Dimensões do ativismo judicial no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2023.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; CABRAL, Ana Luísa Novais. Dimensões do ativismo judicial no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2023.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; REZENDE, Sophia Galbas. Diálogos interinstitucionais no Brasil: caminhos e possibilidades. Belo Horizonte: Arraes Editores, Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, 2021.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Lavínia Alves; PAULA, Thaís Badini Rolim. Dimensões do ativismo judicial no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2023.

DA ROCHA, Paulo Henrique Borges; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação da decisão jurídica advinda da ADPF 132 e da ADI 4.277, segundo a perspectiva de Castanheira Neves: a decisão e suas consequências jurídicas. **Revista Videre**, v. 12, n. 23, p. 286-303, 2020.

DA SILVA, Paulo Maycon Costa. Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 203, p. 185-204, 2014.

DE ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício. A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do stare decisis. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**, n. 67, p. 295-316, 2015.

DE AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº**, v. 60, p. 59, 2016.

DE CASTRO PINTO, Emannuel Roberto Girão; BARROS, Matheus Sales; VIEIRA, Tiago Sisnando. A execução da pena após condenação de segunda instância: uma abordagem do modelo neoconstitucionalista

na decisão do supremo tribunal federal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, v. 10, n. 1, p. 61-77, 2018.

DE FREITAS, Daniel Castanha; CABRAL, Flávio Garcia; APONTE, William Ivan Gallo. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ATIVISMO JUDICIAL NA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA E A MIGRAÇÃO DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS PARA O STF. **Revista Direito UFMS**, v. 7, n. 1, p. 31-52, 2021.

DE FREITAS WOGEL, Lucas Furlan; DOS REIS SILVEIRA, Ricardo. O ativismo judicial como efetivo garantidor dos direitos fundamentais. **Revista Paradigma**, v. 29, n. 3, p. 295-322, 2020.

DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino; DE CARVALHO RÊGO, Eduardo. Democracia defensiva no Supremo Tribunal Federal: o inquérito das fake news como estímulo para a construção de uma jurisprudência constitucional em defesa da democracia. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 10, n. 1, p. 318-335, 2023.

DE CASTRO, Mariana Parreiras Reis et al. Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. **Revista Bioética**, v. 24, n. 2, 2016.

DE SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo; GUIMARÃES, Frederico Garcia. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A ÚLTIMA PALAVRA E DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS OU ENTRE A AUTONOMIA E ALTERIDADE. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, p. 545-599, 2016.

DE SOUSA, Ilea Sampaio. Jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores: características, diferenças, críticas e contributos à teoria dos direitos fundamentais. **Direito e Democracia**, v. 11, n. 2, 2010.

DIAS, Eduardo Rocha; DE SÁ, Fabiana Costa Lima. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, v. 57, n. 225, p. 165-179, 2020.

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FONSECA, Luciana Carvalho. A Competência Discricionária da Suprema Corte dos Estados Unidos e o Writ of Certiorari. In: Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/LawEnglish/74,MI71914,91041A+Competencia>>. Acesso em 03 de março de 2024.

FREITAS, Elias Canal. Sistemas Judiciários Comparados: Inovações Institucionais entre a Corte de Cassação Italiana e o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro. 2022.

GÓES, Guilherme Sandoval. Ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça no estado de direito contemporâneo. **Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença**, v. 19, n. 2, p. 93-106, 2021.

GONÇALVES, Cristiane Lopes. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e as suas possíveis consequências na ordem jurídica brasileira. 2016.

GREEN, Craig, *Emory Law Journal*, Vol. 58, No. 5, p. 1195, 200.

INQUÉRITO DE OFÍCIO PELO STF É LEGAL?. Jusbrasil, 2019. Disponível em:<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/inquerito-de-oficio-pelo-stf-e-legal/688187345>>. Acesso em: 28 de abril 2024.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of” judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.

LEITE, Glauco Salomão. Juristocracia e constitucionalismo democrático: Do ativismo judicial ao diálogo constitucional. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2021.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate. 2013.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. Brasília: Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, a, v. 43.

MARCHIORI NETO, Daniel Lena. A Suprema Corte dos EUA e a construção dos direitos sociais: estado-de-arte sobre a posição minoritária durante a Era Lochner (1905-1937). 2014.

MARQUES, Alessandra Garcia; KHODR, Amir Barroso. THE ORIGENS E FUNDAMENTOS DA JUDICIAL REVIEW: UM BERÇO AMERICANO. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 8, n. 14, p. 264-299, 2016.

MATTOS, Karina Denari Gomes. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. “E se assim não fosse?”: Uma breve reflexão sobre as implicações do caso Dred Scott nos estudos sobre Ativismo Judicial. n. 5, p. 241-262, 2014.

MELO, Arnaldo Souza. A execução provisória da pena e a relativização do princípio da presunção de inocência: uma análise da mudança de paradigma no julgamento das ADCS 43, 44 e 54. 2022.

MOURA, Lucas Coelho Arruda. O inquérito das fake news à luz da Liberdade de expressão: discurso de ódio e fake news. 2021.

NETO, Agenor de Souza Santos Sampaio; ANDRADE, Carlos Frederico Guerra; RUSCH, Érica. OS HARD CASES NO DIREITO APLICADO: UMA PERSPECTIVA SOB A ÓTICA DO DISCURSO JURÍDICO, 2008.

NETO, João Costa. A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido?. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, 2014.

NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial. **Direito Público**, v. 8, n. 40, 2011.

NONATO, M. L. G. .; CASTRO, B. V. de; ALMEIDA, G. H. de. Análise do caso do inquérito das fake news. **LIBERTAS DIREITO**, [S. l.], v. 4, n. 1, 2023. Disponível em: <https://www.periodicos.famig.edu.br/index.php/direito/article/view/381>. Acesso em: 30 abr. 2024.

OLIVEIRA, Fátima Caroline Barbosa de. Análise da democracia na África do Sul no contexto pós-apartheid. 2016. 37 f. Monografia (Bacharelado em Ciência Política)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

PASSOS, Marianna Gazal. ANÁLISE CRÍTICA DA ADI 3510/DF E AS REPERCUSSÕES DIANTE DA NOVA TECNOLOGIA: CRISPR CAS9. **Anais do Seminário Internacional em Direitos Humanos e Sociedade**, v. 2, 2019.

PELICIOLI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista de Informação Legislativa. Brasília**, ano, v. 43, 2006.

PRACUCHO, Davi Marcucci. A DOUTRINA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO E A (IN) COMPLETUDE DA ORDEM JURÍDICA. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 48, p. 25-44, 2017.

SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme a constituição: vefassungskonforme auslegung no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 143, p. 19-33, 1999.

SOARES, José de Ribamar Barreiros et al. *Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; CABRAL, Ana Luiza Novais. O ATIVISMO JUDICIAL: RUPTURA À DEMOCRÁTICA REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA BRASILEIRA? JUDICIAL ACTIVISM: BREAKS DEMOCRATIC BRAZILIAN POLITICAL REPRESENTATIVITY?. *Revista Direito em Debate*, v. 30, n. 55, p. 242-251, 2021.

SOUZA, Lucas. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 29, n. 1, 2013.

SUNSTEIN, Cass R. Problems with minimalism. **Stanford Law Review**, p. 1899-1918, 2006.

STERN, Ana Luiza Saramago. O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político/the case Marbury v. Madison: the birth of judicial review as a political artifice. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 3, p. 193-212, 2016.

STIGERT, Bruno. Explicando a dinâmica do ativismo judicial. *TRIBUNA DE MINAS*, 2021. Disponível em: <<https://tribunademinas.com.br/colunas/fieldabalanca/28-04-2021/explicando-a-dinamica-do-ativismo-judicial.html>>. Acesso em 14 de abril de 2024.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira*. 2011.

Urofsky, Melvin I.. “Lochner v. New York”. *Encyclopedia Britannica*, 10 Apr. 2018, <https://www.britannica.com/event/Lochner-v-New-York>. Accessed 3 March 2024.

VINCE, Fernando Navarro; RIBEIRO, Daniela Menengoti. O caso “Lüth” e a teoria geral dos direitos fundamentais. **Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**, p. 98, 2017.

VIZENTINI, Paulo G. Fagundes; PEREIRA, Analucia Danilevicz; RIBEIRO, Luiz Dario Teixeira. **Breve história da África**. Leitura XXI, 2007.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución política de Colombia 1991. Disponível em: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>. Acesso em: 19 mar. 2024.

ZIEGLER, Joici Antonia; GAUER, Lessandra Bertolazi. MINIMALISMO JUDICIAL NA VISÃO DE CASS SUNSTEIN: UMA ALTERNATIVA PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA/JUDICIAL MINIMALISM IN CASS SUNSTEIN VIEW: AN ALTERNATIVE TO THE DEMOCRACY REALIZATION P. 94. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, v. 3, n. 02, 2016.